BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sammlung ausgezeichneter Abhandlungen über Lehren des gemeinen Rechts

Ebingen in Würtemberg 1838
J.rom.m. 454 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567075-1

I. rom. m.

454 m

Pismeny

Sammlung

ausgezeichneter Abhandlungen

über

Lehren des gemeinen Rechts.

Im Auszuge

aus

größeren juridischen Schriften

besorgt

von einem Rechtskundigen.

Selbstverlag des Herausgebers.

Ebingen, in Würtemberg.

Druck von J. C. Göbel.

(In Commission der **C. H. Beck**'schen Buchhandlung in Nördlingen.)

272 G

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Vorrede.

Der anerkannt hohe wissenschaftliche und praktische Werth der juristischen Abhandlungen von Heisse und Cropp und der praktischen Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft von Pfeiffer rechtfertigt es hinlänglich, wenn diese Werke für eine solche Sammlung vorzugsweise benützt wurden.

Ausserdem empfahlen sich dazu insbesondere auch Abhandlungen aus Langenns und Koris Erörterungen praktischer Rechts-Fragen, da solche hauptsächlich noch nicht behandelte und in den meisten Lehrbüchern übergangene Lehren zum Gegenstande haben.

Diese reichhaltige, blos auf die gangbarer'n und wissenswertheren Rechtsfragen gerichtete und überdieß nur ausgezeichnetere Aufsätze enthaltende, Sämmtliches, quellentreu wiedergebende Sammlung, von welcher je-

doch die von Pfeiffer seinen Abhandlungen angehängten Beispiels-Fälle, wie auch Alles Partikularrechtliche, ausgeschlossen sind, wird dem größeren Theile des juridischen Publikums, welchem ausgedehntere Bücher-sammlungen nicht zugänglich sind, eine willkommene Erscheinung sein!

Durch ein Versehen des Setzers ist bei den Abhandlungen I. II. III. und IV. die Anmerkung, daß sie aus den juristischen Abhandlungen von Heisse und Cropp I. Band 1827 entlehnt sind, weggeblieben, was zur Berichtigung hier vorgemerkt wird.

Balingen, im November 1838.

Der Herausgeber.

Inhalts-Verzeichniß.

	Seite.
I. Vom Handel auf Besicht	1—14
II. Vom Handel nach Probe	15—25
III. Von Urkunden mit Interlineaturen und Zusätze am Rande	26—31
IV. Von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen	32—50
V. Beweiskraft einer Urkunde gegen den Producenten	51—61
VI. Wann ist auf Credit verkauft?	62—67
VII. Pflichten des Inhabers eines domicilirten Wechsels	67—76
VIII. Retentionsrecht an einer fremden Sache, die Schaden zugefügt hat	76—82
IX. Ueber literarum obligatio, cautio indiscreta et pecunia cauta non numerata . . .	83—123
X. Müssen auch bei einem Platzwechsel die Vormänner von dem erhobenen Proteste benachrichtigt werden?	124—130
XI. Ueber die Verpflichtung des Interimswirths, Unfälle zu ersetzen	131—145
XII. Ueber die von einem Verschollenen hinterlassene Erbschaft	145—162
XIII. Von der einem Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung deferirten Erbschaft	162—183
XIV. Von weiblichen Intercessionen aus Freigebigkeit	183—188
XV. Ueber die Ansprüche der Erbschafts-Gläubiger an abgefundene Kinder	189—200
XVI. Von der Vindication abgetrogener Sachen nach römischem und germanischem Rechte . .	200—208

Seite.

XVII. Die Verpfändung einer Geldforderung giebt dem Gläubiger, welchem sie verpfändet worden, das Recht, den Schuldner seines Schuldners darauf unmittelbar zu belangen, und sich mit dem solchergestalt eingezogenen Gelde bezahlt zu machen . . . . 208—213

XVIII. Von dem wesentlichen Unterschiede und den Kennzeichen des Modus und der Conditio, insonderheit bei Legaten . . . . . 213—219

XIX. Das gesetzliche Pfandrecht, welches die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters wegen des unter seiner Verwaltung stehenden eignen Vermögens derselben haben, bezieht sich nur auf die von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten, nicht auch auf die von den mütterlichen Seitenverwandten, ihnen zugefallenen Gegenstände . . 220—223

XX. Von der Unanwendbarkeit des anastasianischen Gesetzes 1) auf die Cession ungewisser Forderungen; 2) auf die zur Sicherheit für eine Darlehnsschuld geschehene Cession; 3) auf den Verkauf von Staatsobligationen 223—230

XXI. Von den Grundsätzen, nach welchen eine Geldschuld nach eingetretener Münzveränderung zu bezahlen ist . . . . . 231—250

XXII. Nach welchen Gesetzen werden die Vermögensrechte der Ehegatten überhaupt, und das statutarische Erbrecht derselben insbesondere, nach eingetretener Veränderung ihres Wohnortes oder der Gesetzgebung beurtheilt? 251—259

XXIII. Ein auf Uebertretung der Steuergesetze eines fremden Staates abzweckender Vertrag ist als Pactum turpe rechtlich unwirksam 259—261

XXIV. Ueber die Gültigkeit einer gegen die Gesetze eines fremden Staates abgeschlossenen Assekuranz . . . . . 262—268

XXV. Von der Verbindlichkeit der Jagdberechtigten zum Ersatze des den Grundeigenthümern zugefügten Wildschadens . . . . . 268—288

XXVI. Ueber die rechtliche Begründung der Verbindlichkeit zum Ufer-Bau an schiffbaren Flüssen . . . . . 288—297

Seite.

XXVII. Von den wesentlichen Bedingungen eines Stundungsvertrages zum Zwecke einer Nöthigung der Minderzahl der Gläubiger, demselben beizutreten . . . . . 297—303

XXVIII. Von den eigenthümlichen Merkmalen einer Theilung der Eltern unter ihren Kindern 304—312

XXIX. Kann Jemand für Vortheile, die er dem Andern factisch zukommen ließ, ohne dazu rechtlich verbunden zu sein oder ein Versprechen der Vergütung für sich zu haben, Entschädigung fordern? . . . . . 312—319

XXX. Von Gemeinheits-Beschlüssen. A. Ueber die Stimmen-Mehrheit bei Gemeinheits-Beschlüssen. B. Ueber die Art und Weise der Abstimmung . . . . . 320—339

XXXI. Von Pseudo-Gemeinheitssachen . . . 339—342

XXXII. Ueber Ersatz des von Beamten-Collegien oder einzelnen Mitgliedern und Subalternen derselben durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen in Sachen ihres Amtes verursachten Schadens . . . . . 343—347

XXXIII. In wieweit geht die Eigenschaft eines Gemeinheits-Prozesses durch Verzichtleistungen einzelner Communglieder auf den Prozeß oder durch Uebertritt zur Gegenparthei oder durch Verweigerung oder Versäumniß der der Gemeinheit aufgelegten Hauptеide verloren und welche Vortheile gewähren diese Vorgänge der Gegenparthei? . 348—357

XXXIV. Geht durch den Gebrauch der erkauften Sache oder durch deren anderweite Veräußerung das Recht des Käufers, wegen heimlicher Fehler, die Sache zurückzugeben oder auf Minderung des Kaufschillings anzutragen, verloren? . . . . . 358—361

XXXV. Kann eine Ehefrau aus Rechtsgeschäften, die sie als Verwalterin des Hauswesens mit einem Dritten eingegangen hat, selbst belangt werden? . . . . . 361—362

Seite.

XXXVI. Ueber einige Beschränkungen in dem Gebrauche des Mühlwassers, damit nicht den tiefer liegenden, durch dasselbe getriebenen Mühlen Nachtheile zugefügt werden . . . . . 363—365

XXXVII. Ist der mit einem Geldpaquet Zahlende verbunden, einem Dritten den richtigen Betrag der darauf angezeigten Geldsumme zu gewahren? . . . . . 365—368

XXXVIII. Ueber nicht acceptirte Renunciationen . 368—373

XXXIX. Ist der Verkäufer verpflichtet, Mängel zu gewähren, die nur dem Auge des Kenners sichtbar sind? . . . . . 373—376

XL. Eine Befreiung einzelner Staatsbürger von dem Beitrage zu allgemeinen Staatslasten, wohin auch der Wege- und Chaussee-Bau gehört, kann durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden . . . . . 377—381

XLI. Ueber das Verhältniß, in welchem die Parochianen einer Filial-Gemeinde, zu den Kosten der Erhaltung und Wiederherstellung der Kirche der Mutter-Gemeinde beizutragen, rechtlich verbunden sind . . 381—385

XLII. Von den nothwendigen Einschränkungen der Verantwortlichkeit des Staates für widerrechtliche Handlungen der Staatsbehörden . . . . . 385—400

XLIII. Von welchem Einflusse ist die, den Rechtsweg der Privaten gegen Mitglieder des deutschen Bundes betreffende, Verfügung des Art. 30 der Wiener Schlußacte vom Jahre 1820 auf die Competenz der Landesgerichte in den dazu geeigneten Fällen? 400—409

XLIV. Der Kirchengewalt steht die Befugniß nicht zu, den Wohnsitz eines Predigers aus der Muttergemeinde in die Filialgemeinde, ohne der ersteren Zustimmung, zu verlegen . . . . . 410—416

I.

Vom Handel auf Besicht.

§. 1.

So wie zufolge dessen, was darüber in der vorigen Abhandlung *) bemerkt wurde, nach dem älteren hamburgischen und lübischen Rechte ein ohne Handgeld geschlossener Handel für den Käufer nicht eher bindend war, als bis er die gekaufte Waare besichtigt und ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt hatte, so verhält sich die Sache noch jetzt, wenn ein Handel mit der hinzugefügten Clausel „auf Besicht" eingegangen worden ist[1]). Denn ist schlechthin auf Besicht contrahirt, und keine specielle Beziehung angegeben, in welcher der Käufer die Waare noch erst ansehen und untersuchen will[2]), so kann der Käufer dieselbe besehen, zu welchem Zwecke er will, also auch zu dem, ob sie ihm überhaupt gefällt oder nicht; und da dieses Letztere etwas rein Subjectives ist, und sich nicht sagen läßt, es müsse Jemandem etwas gefallen oder misfallen, so folgt daraus von selbst, daß der Käufer nach vorgenommenem Besichte schlechthin nach Willkühr erklären kann, die Waare stehe ihm an, oder sie stehe ihm nicht an; und daß der Verkäufer ihn zur Annahme derselben nicht nöthigen kann, wenn er auch ihre gute, ja ihre vorzügliche Beschaffenheit nachzuweisen im Stande sein sollte[3]). In dieser Hinsicht verhält es sich mit dem Handel auf Besicht ganz, wie mit dem bei den Römern bei dem Weine

*) Anm. Gewährleistung für Mängel nach germanischem Rechte.

1) Daß noch jetzt, wie im Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 339 angeführt wird, bei einigen Waaren der Vorbehalt des Besichtes von Seiten des Käufers sich von selbst versteht, ist eine Singularität, die aber für die Zweckmäßigkeit des alten Rechtes spricht.

2) Denn ist dieses geschehen, z. B. bei einem Handel „nach Probe" „die Clausel" auf Besicht hinzugefügt, so treten ganz andere Verhältnisse ein. S. d. folg. Abhandl. §. ult. Auf gleiche Weise wird es in Marseille bei dem dort üblichen Handel mit der Clausel „vue en sus" gehalten. Der Käufer darf dann bei dem Besichte die Waare ablehnen, ohne daß er dafür Gründe anzugeben braucht. Vincens exposition de la législation commerciale liv. 7. ch. 2. Tom. 2. p. 58—59.

3) Vergl. Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 343—5.

üblichen Handel „aufs Kosten (ad gustum)“[4]), so wie mit dem bei ihnen allgemeiner vorkommenden Handel, dessen Bestand von dem Gefallen, was der Käufer an der gekauften Sache finden werde, abhängig gemacht war[5]). Hier genügte in beiden Fällen das bloße Displicet des Käufers, um ihn von jeder Verbindlichkeit aus dem Geschäfte zu befreien. So weit sind die Grundsätze bei dem Handel auf Besicht einfach und sicher. Geht man aber bei demselben näher auf das dogmatische Detail ein, so entstehen von allen Seiten erhebliche Anstände, die zum großen Theil ihren Grund darin haben, daß es zweifelhaft erscheint, ob man diesen Handel als ein bedingtes oder als ein unbedingtes Geschäft, welches aber unter einer Bedingung wieder aufgelöst werden kann, anzusehen hat. Dieses wird daher vor allen Dingen zu prüfen sein.

§. 2.

Es springt aber ins Auge, daß jener Handel sowohl in der Form eines Handels unter einer Suspensivbedingung, als wie des unter einer Resolutivbedingung vorkommen kann, auf gleiche Weise, wie das römische Recht dieses in ähnlichen Fällen annimmt. So erwiedern die römischen Juristen bei der addictio in diem auf die Frage, ob dieselbe „pura emptio sit, sed sub conditione resolvatur, an vero conditionalis sit magis emptio?“ es komme darauf an, was die Meinung bei dem Geschäfte gewesen sei; „nam si quidem hoc actum sit, ut meliore allata conditione discedatur, esse puram emtionem, quae sub conditione resolvatur, sin autem hoc actum sit, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio afferatur, esse emptionem conditionalem[6]).“ Auf gleiche Weise

---

4) „Gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat“ l. 34. §. 5. D. de contrah. empt. (18, 1.) Wie Schömann (Handbuch d. Civilr. B. 2. S. 216—220.) gerade diese Stelle für seine Behauptung anführen kann, daß der Käufer nur aus hinlänglichen Gründen den Wein habe aufschießen dürfen, ist schwer zu begreifen. Auch Pardessus, cours de droit commercial P. 2. tit. 3. ch. 3. sect. 1. §. 2. Tom. 2. p. 291 ed. 3. nimmt an, daß bei dem Verkaufe ad gustum (Code civil art. 1587) der Käufer nur aus gerechten Gründen die Annahme der gekosteten Waare verweigern könne, weil ja sonst, zufolge des Code civ. art. 1174 der Vertrag ganz nichtig sein würde; allein gegen das Gesetz, und mit Unrecht, denn nichtig würde der Handel nur sein, wenn es eine conditio potestativa des Verkäufers wäre.

5) §. 4. I. de empt. et vendit. (3, 24); l. 3. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 6 D. de rescind. vendit. (18, 5); l, 31 §. 22. D. de aedil. edicto (21, 1); l. 2. §. 5. D. pro emptore (41, 4).

6) l. 2. pr. D. de in diem addictione (18, 2). Auf gleiche Weise wird zunächst die Frage entschieden, ob die dem Bräutigam übergebenen Dotalsachen erst mit Eingehung der Ehe, oder ob sie gleich bei der

wird, wenn der Bestand des Handels von dem Gefallen des Käufers abhängig gemacht ist, dieses bald als ein bedingter, bald als ein reiner Handel angesehen, den aber der Käufer durch die Erklärung seines Mißfallens wieder auflösen kann. Ein bedingter Handel ist es, wenn er z. B. so lautet: „Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot [7])“; ein reiner Handel hingegen, der aber unter einer Bedingung sich wieder auflöst, wenn so contrahirt wurde: „ut si res displicuisset, inempta esset“, oder: „ut res, quae venit, si itra certum tempus displicuisset, redderetur“, oder: „ut nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur“, oder endlich: „ut, si displicuerit intra certum tempus' inempta sit“ [8]). So wie es nun in allen diesen Fällen von dem Willen der Contrahenten abhängt, ob der Handel ein bedingter oder ein unbedingter sein soll, so muß auch bei dem Handel auf Besicht zunächst dieser hierüber entscheiden. Lautete z. B. die getroffene Vereinbarung dahin, daß, wenn die Waare dem Käufer nach der Besichtigung gefiele, sie ihm zu dem und dem Preise verkauft sein solle, so läge die Suspensivbedingung klar vor: wäre hingegen dahin contrahirt, daß, wenn die Waare bei dem Besichte mißfiele, der Handel rückgängig werden sollte, so würde unbedenklich eine Resolutivbedingung als vorhanden anzunehmen sein.

§. 3.

Allein mit dieser Bestimmtheit und Ausführlichkeit wird wohl im Handel und Wandel selten oder gar nicht contrahirt, sondern in der Regel nur die kurze, gangbare Formel „auf Besicht“ bei dem Abschluß des Vertrages und in dem Schlußzettel des Mäklers angewandt werden; und da fragt es sich nun nach der Auslegung dieser Clausel. Aus der Wortfassung derselben läßt sich aber nicht entnehmen, ob der Handel als ein mit einer Suspensiv- oder als ein mit einer Resolutiv-Bedingung versehenes Geschäft betrachtet werde; denn die Partikel „auf“ enthält in der Hinsicht eine Amphibolie, die für die eine, wie für die andere Ansicht ge-

---

Uebergabe dessen Eigenthum werden, und nur die Verpflichtung bestehen soll, sie zurück zu geben, wenn etwa die Ehe nicht zu Stande kommen sollte. l. 7. §. 3. D. de iure dotium (23, 3); l. 1. §. 2. D. pro dote (41, 9).

7) §. 4. l. de empt. et vendit. (3, 24). Frantzke commentar. ad Pand. lib. 18. tit. 1. nr. 294 — 8. Lauterbach collegium lib. 18. tit. 1. §. 82.

8) l. 3. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 6. D. de rescinden. vendit. (18, 5); l. 31. §. 22. D. de aedil. edicto (21, 2); l. 2. §. 5. D. pro emptore (41, 4). Frantzke l. c. nr. 299. Thibaut System des Pandekter B. 2 §. 960.

deutet werden kann. Es verhält sich in dieser Beziehung mit derselben, wie mit der römischen Partikel „ad“, und kann sonach die Natur der bei den Römern gewöhnlichen emtio ad gustum zur Erläuterung unsers Handels auf Besicht benutzt werden. Nun scheint es freilich nicht ganz ohne Zweifel, wie die Römer dieses Geschäft angesehen haben, denn in zweien Stellen deuten die Ausdrücke auf eine Resolutivbedingung hin[9]), während in einer andern die Perfection des Geschäfts erst von dem Probieren abhängig gemacht wird[10]). Allein die überwiegenden Gründe sprechen doch für die Annahme, daß jener Handel von den Römern für einen Handel unter einer Suspensivbedingung geachtet worden sei. Denn in der l. 1. pr. D. de periculo et commodo wird die Gefahr des verkauften Weines bis zur degustatio, dem Verkäufer, und erst demnächst dem Käufer auferlegt, und zwar Letzteres aus dem Grunde, weil erst jetzt der Wein für ganz vollständig verkauft gelten könne. Der Grund dieses Ausspruches liegt offenbar darin, weil es bis zur Billigung des Weines noch ganz in der Willkühr des Käufers steht, ob er ihn annehmen will oder nicht; allein, daß nach dieser Billigung der Handel erst für vollständig geschlossen erklärt, und bis dahin jede Gefahr, nicht nur der Verschlechterung sondern auch des Unterganges, dem Verkäufer auferlegt wird, zeigt deutlich darauf hin, daß das Geschäft als ein bedingtes angesehen wurde. Denn wäre es für ein unbedingtes geachtet, welches aber der Käufer durch seine Mißbilligung wieder aufheben konnte, so hätte doch ein vor der Erklärung des Mißfallens eingetretener gänzlicher Verlust des Weines von dem Käufer getragen werden müssen[11]). So nehmen es denn auch manche Schriftsteller bestimmt[12]); und kann es dawider nicht in Betracht kommen, daß es in der l. 34. §. 5. D. de contrah. empt. in einem solchen Falle vom Käufer heißt „improbare licet“, denn damit wird demselben nur die Befugniß beigelegt, sich nach Gefallen vom Handel los zu machen, ohne daß damit über die Natur der Bedingung, vermöge welcher ihm dieses frei steht, etwas ausgesprochen würde. Und, wenn endlich in der l. 4. pr. D. de periculo et commodo von einer Fort-

---

9) l. 34. §. 5. D. de contrah empt. (18, 1); l. 4. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

10) l. 1. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

11) l. 8. pr. D. eod. l. 10. §. 5. D. de iure dotium (23, 3).

12) Frantzke l. not. 7. cit. nr. 295, et. lib. 18. tit. 6. nr. 6, 7. Hofacker principia iuris Tom. 3. §. 1907 med. Schömann a. d. Not. 4. a. O. Pardessus cours de droit commercial P. 2. tit. 3. ch. 3. sect. 1. §. 2. Tom 2. pag. 290, 1. coll. pag. 287, 8. ed. 3. Vincens exposition de le législation commerciale liv. 7. ch. 2. §. 9, 11. Tom. 2. p. 57 — 59.

dauer des Handels geredet wird, obwohl der Wein noch nicht probirt war, so ist das nur in Beziehung auf die Verpflichtung des Verkäufers aus dem Geschäfte gesagt, diese ist aber allerdings anzunehmen, wenn man den Handel auch als einen bedingten ansieht, weil die Bedingung nicht ihm, sondern dem Käufer Befugnisse ertheilt. Schon die Analogie des Handels ad gustum spricht mithin dafür, den Kauf auf Besicht als einen Kauf unter einer Suspensivbedingung anzusehen.

§. 4.

Es spricht hiefür aber auch noch ferner der Umstand, daß ein Handel auf Besicht nur in der Maaße geschlossen zu werden pflegt, daß die Waare von dem Käufer erst nach der Besichtigung empfangen, bis dahin aber in dem Gewahrsam des Verkäufers bleiben soll. Wenn nämlich bei einem Rechtsgeschäfte weder aus der Fassung der Vereinbarung noch sonst ermittelt werden kann, ob die Meinung der Contrahenten auf eine Suspensiv- oder auf eine Resolutiv-Bedingung gerichtet gewesen ist, so ist für die Letztere zu präsumiren, wenn sogleich der Vertrag erfüllt, und die Sache alsbald dem Erwerber übergeben worden ist. Das ergeben mehrere gesetzliche Vorschriften sehr bestimmt[13]). Bestrittener ist freilich der umgekehrte Fall, wo nicht sofort erfüllt war, und nach der Meinung der Contrahenten auch vor dem Eintritt der Bedingung gar nicht erfüllt werden sollte. Auch hier wollen nämlich Manche für die Resolutivbedingung präsumiren, und zwar Einige aus dem Grunde, weil Bedingungen nicht zu den gewöhnlichen Eigenschaften eines Rechtsgeschäfts gehörten —, was aber sicher nichts entscheiden kann, da dasselbe auch von der Verabredung, das Geschäft in einem gewissen Falle wieder aufzulösen, gesagt werden muß —, Andere aber deshalb, weil, wo das Aufschieben nicht zur gewöhnlichen Natur des Geschäfts gehöre, in den gesetzlichen Vorschriften namentlich bei der lex commissoria und der addictio in diem, die Regel aufgestellt sei, daß man im Zweifel das Geschäft für ein negotium purum, quod sub conditione resolvitur, ansehen sollte[14]). Daraus ist denn insonderheit wohl die Folge abgeleitet,

13) l. 8. coll. l. 7. §. 3. D. de iure dotium (23, 3); l. 1. §. 2. D. pro dote (41, 9); coll. l. 1. D. de lege commissoria (18, 3); l. 6. D. de rescind. vendit. (18, 5); l. 31. §. 22. D. de aedilit. edicto (21, 1). Thibaut civilistische Abhandl. S. 380. Schweppe röm. Privatr. §. 116. vers. fin. Vergl. das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 11. §. 263.

14) l. 1. D. de lege commissor. (18, 3); l. 2. §. 4. D. pro emptore (41, 4); Thibaut civil. Abhandl. S. 378 — 80, und in d. neueren Ausgaben d. Paydekt. B. 1. §. 121. a. E.

daß der Handel auf Besicht, wenn nicht ein Anderes als die Meinung der Contrahenten erhelle, als ein Handel unter einer Resolutivbedingung angesehen werden müsse[15]). Allein das ergeben die angeführten Gesetze nicht, vielmehr liegt bei der lex commissoria das Resolutive schon im Wesen des Geschäfts, indem, wie aus dem ganzen Pandektentitel dieser Lehre hervor geht, dabei stets die bereits erfolgte Uebergabe der gekauften Sache vorausgesetzt wird, und nur für einen gewissen Fall die Wiederauflösung des Geschäfts und die Rückgabe der Sache stipulirt ist. In dem Falle des zweiten Gesetzes, der l. 2. §. 4. D. pro emptore, war aber ebenfalls dem Käufer die Sache bereits tradirt, wie daraus hervorgeht, daß demselben Fruchtgenuß und Usucapion zugesprochen werden.

§. 5.

Findet nun aber jene Meinung in den Gesetzen keine Unterstützung, so dürfte die, früherhin auch von Thibaut[16]) vertheidigte, Theorie den Vorzug verdienen, wonach die Präsumption für die Suspensivbedingung streitet, wenn nicht sofort erfüllt ist, und auch nicht bestimmt ausgemacht ist, daß vor dem Eintritt der als Bedingung gesetzten Begebenheit erfüllt werden soll. Denn, so wie aus der sofortigen Uebergabe, in Ermangiung einer klar ausgesprochenen anderweitigen Absicht, darauf geschlossen wird, daß das Geschäft unumwunden eingegangen, und nur demnächst unter einer Bedingung wieder aufgelöst werden solle; so wird man umgekehrt, unter derselben Voraussetzung, aus dem Aussetzen der Erfüllung die Absicht folgern müssen, das ganze Geschäft vorläufig noch in suspenso zu lassen. Gewiß hat es auch etwas sehr natürliches, das Geschäft noch als unvollständig anzusehen, dessen Rechtsbestand von einer künftigen Begebenheit abhängt, und dessen Erfüllung zugleich noch ausgesetzt geblieben ist. Zwischen den Contrahenten muß es hier wenigstens immer in die Lage eines unter einer Suspensivbedingung abgeschlossenen Geschäftes kommen, denn wollte der Eine oder der Andere auf sofortige Erfüllung klagen, so würde ihm immer der Einwand der verfrüheten Klage entgegen stehen, und er diesen nicht zu beseitigen vermögen, da er nach der gemachten Voraussetzung nicht im Stande sein würde, eine beabsichtigte bloße Resolutivbedingung darzuthun[17]). Was namentlich den Handel auf Besicht anbetrifft, bei welchem der Besland

15) Archiv f. d. Handelsr. B. 1. S. 332—45, bes. S. 338—40.
16) in den älteren Ausgaben des Pandekten a. a. O.
17) Cf. et. l. 4. §. 2. D. de pactis (2; 14); l. 10. §. 4, 5. D. de iure dotium (23, 3).

des Geschäftes ganz in die Willkühr des Käufers gestellt ist, so kann es dabei gewiß eben so wenig wie bei dem römischen Weinhandel ad gustum, als die Meinung der Contrahenten angesehen werden, daß, auf das Ungewisse hin, vorläufig die Waare abgeliefert, empfangen und bezahlt werden solle, da dieses immer mit nicht unerheblichem Aufwande von Mühe und Kosten verbunden ist, gleichwohl dem Käufer, der vor dem Besichte doch nicht über die Waare disponiren darf, dadurch kein wesentlicher Vortheil, dem Verkäufer aber die Gefahr einer dem Käufer demnächst schwer zu imputirenden sorgloseren Behandlung der vielleicht an ihn zurückfallenden Waare erwächst, und da sich der Besicht so leicht vornehmen, und dadurch vor der Uebergabe Alles in Ordnung bringen läßt. Der Kauf auf Besicht ist mithin als ein Kauf unter einer Suspensivbedingung anzusehen [18]).

§. 6.

Diese Suspensivbedingung ist nun, nach dem was darüber bereits oben §. 1. bemerkt wurde, insoweit eine reine Protestativbedingung des Käufers, daß er ganz nach Gefallen, und ohne zur Angabe von Gründen verpflichtet zu sein, die Waare ablehnen oder annehmen kann. Daraus folgt aber keineswegs, wie das von Einigen angenommen worden und deshalb zur Aufrechthaltung des Geschäfts der ganzen Clausel eine beschränktere Deutung gegeben ist [19]), die völlige Unverbindlichkeit des Handels für beide

---

18) Was Hamburg anbetrifft, so findet sich die im Texte entwickelte Ansicht auch noch in der dortigen revidirten Mäklerordnung v. J. 1816 §. 13. angedeutet, wo beiläufig der Handel auf Besicht für einen bedingten Handel, d. h. nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche für einen Handel unter einer Suspensivbedingung erklärt wird. Zwar fehlt jene Aeußerung in der neuesten hamburg. Mäklerordnung v. J. 1824 §. 13; allein, da an die Stelle derselben nicht eine entgegenstehende Erklärung gesetzt ist, so liegt der Grund hievon sicher nicht in der Absicht, jene frühere Aeußerung als eine unrichtige zurück zu nehmen, sondern nur in dem Bestreben, das Gesetz kürzer zu fassen, und Unwesentliches aus demselben auszulassen. — Das französische Recht präsumirt sogar bei einer „vente faite à l'essai", wobei dem Käufer der gekaufte Gegenstand auf Probe hingegeben zu werden pflegt, für die Suspensivbedingung, (Code civ. art. 1588 Pardessus l. not. 12. cit. §. 3. Tom. 2. pag. 292. coll. 288. Vincens l. not. 12. cit. §. 9, 11. Tom. 2. pag. 58, 59); um so weniger wird dieses bei der in Marseille üblichen, ganz dem deutschen Handel auf Besicht entsprechenden vente „vue en sus" (Cf. Not. 3.) bezweifelt werden können. Das preuß. Landr. Th. 1. Tit. 11. §. 333 — 9. kennt einen Handel auf Probe, erklärt sich aber nicht deutlich darüber, ob es hiebei eine Suspensiv- oder eine Resolutiv-Bedingung als vorhanden annimmt.

19) Schömann und Pardessus loc. not. 4. cit.

Theile, denn nur dann hat eine hinzugefügte Potestativbedingung diese Wirkung, wenn sie zu Gunsten des Verpflichteten, nicht aber, wenn sie zu Gunsten des Berechtigten lautet[20]). Bei einem Verkaufe erscheint aber der Verkäufer in Hinsicht auf den verkauften Gegenstand, auf welchen sich die Bedingung bezieht, als der Promittent, der Käufer als der Stipulator. Mithin besteht der Handel gleich von Anfange an zu Recht, wie jeder andere bedingte Handel, und der Verkäufer kann sich nicht einseitig von demselben los machen, und nicht eher anderweitig über die Waare verfügen, als bis der Käufer sie abgelehnt hat. Gesetzt aber, der Käufer besichtigte die Waare, und erklärte sich nicht innerhalb der bestimmten Zeit, oder, wo eine solche Frist nicht bestimmt ist, er leistete der Aufforderung des Verkäufers, den Besicht vorzunehmen, keine Folge; so ist derselbe ohne Zweifel berechtigt, auf die Besichtigung der Waare und auf eine Erklärung zu klagen, denn, da wo es in der Willkühr des Andern steht, ob er das Geschäft vollziehen oder nicht vollziehen will, da kann man zwar nicht auf die Vollziehung, aber doch darauf klagen, daß der Andere entweder den Handel erfülle, oder ihn aufhebe[21]). Aber es wird ihm auch zu gestatten sein, außergerichtlich von dem Käufer solches unter dem Präjudiz zu verlangen, daß er widrigenfalls von dem Handel zurücktreten und anderweitig über die Waare verfügen werde. Denn, wenn diese Befugniß schon in gewöhnlichen Fällen dem Verkäufer gegen den morosen Kaufer zusteht[22]), so erheischt das in dem Falle eines Handels auf Besicht um so mehr das practische Bedürfniß, weil es hier dem endlichen Resultate nach immer noch in der Willkühr des Käufers stehen würde, ob er das Geschäft zur Perfection gelangen lassen will oder nicht.

---

20) l. 7. pr. D. de contrah. empt. (18, 1); l. 9. §. 1. D. qui potiores in pignore (20, 4); l. 8. D. de O. et A, (44, 7); l. 17. l. 108. §. 1. D. de V. O. (45, 1); coll. l. 65. §. 1. D. de legat. I. (30); l. 69. D. de condit. et demonstrat. (35, 1); l. un. §. 7. C. de caducis tollend. (6, 51); Cujacius ad l. 17. D. de V. O. (in Oper. edit. Francof. Tom. 2. pag. 311, 2). Schweppe röm. Privatrecht §. 414. Zwar heißt es in der l. 13. C. de contrah. empt. (4, 38); „in vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est . . .“; allein dieses Gesetz redet, wie namentlich die Schlußworte ergeben, nicht von einer Bedingung bei einem übrigens vollständig verabredeten Handel, sondern von dem Falle, wo es ganz in die Willkühr des Verkäufers gestellt ist, ob und wie er verkaufen, oder des Käufers, ob und wie er kaufen will. Eine solche Verabredung verpflichtet als zu unbestimmt keinen Theil.

21) l. 13. §. 27—29. D. de act. empti (19, 2). Schweppe röm Privatrecht §. 412. a. E.

22) l. 122. §. 3, l. 135. §. 2. D. de V. O. (45, 1).

§. 7.

Besteht nun aber von Anfange ein, wenn auch nur bedingtes Rechtsverhältniß zwischen den Contrahenten, so ist es doch in einer andern Hinsicht sehr erheblich, daß die Bedingung desselben ganz in die Willkühr des Käufers gestellt ist. Denn das hat für ihn die wichtige Folge, daß hinsichtlich seiner vorläufig noch gar keine Verpflichtung als vorhanden angenommen wird, und daß ihn daher keine Gefahr, weder die des Unterganges noch selbst die der Verschlechterung trifft [23]). Nur dann muß dieses eine Ausnahme erleiden, wenn der Verkäufer sich bei dem Besehen der Waare, und bei der Erklärung darüber, ob er sie annehmen oder verwerfen will, in Verzug befindet; denn der Grund, weshalb die mora eines Contrahenten denselben verpflichtet, nunmehr den Zufall zu tragen, welcher sonst von dem andern Contrahenten hätte getragen werden müssen, daß nämlich nicht bloß die nothwendigen sondern auch die zufälligen Folgen eines Verschuldens den, der sich in culpa befindet, treffen [24]), tritt auch vollkommen bei demjenigen ein, der auf Besicht gekauft hat, und widerrechtlicher Weise mit seiner Besichtigung und Erklärung zögert [25]). Denn hätte er sich zeitig erklärt, so würde der Verkäufer die Waare anderweitig habe veräussern, und dadurch dem Schaden haben entgehen können; und diese Möglichkeit genügt, um dem Zögernden die Verantwortlichkeit für den Zufall aufzuerlegen, ohne daß es, zumal bei Waaren, erst des Beweises bedarf, daß der Verkäufer auch wirklich zu einer solchen anderweitigen Veräusserung geschritten seyn würde [26]). Verhindert hingegen der Verkäufer die Besichtigung der Waare, so trifft ihn natürlich fortwährend das Risiko [27]), und dieses selbst dann, wenn der anfangs zögernde Käufer sich nachher zum Besichte meldet, und er ihm nunmehr dabei Hindernisse in den Weg legt [28]).

§. 8.

Kommt es nun wirklich zum Besichte, so ist so viel ausser Zweifel, daß, wenn der Käufer jetzt die Waare bestimmt billigt, dadurch der Handel sofort purificirt, wenn er sie bestimmt mißbil-

23) l. 1. pr., l. 4. pr. §. 1. D. de periculo et commodo (18, 6).

24) arg. §. 2. I. quibus modis re contrah. oblig. (3, 15); l. 18. D. de negotiis gestis (3, 5); l. 1. §. 4. in fin. D. de obligat. et act. (44, 7); l. 48. §. 4. D. de furtis (47, 2).

25) arg. 1, 20. D. de condict. furtiva (13, 1); l. 39. §. 1, l. 108 §. 11. D. de legat. l. (30); l. 82. §. 1, l. 91. §. 1, l. 105. D. de V. O. (33, 1); l. 92, l. 72. pr. D. de solution. (46, 3).

26) l. 47. §. ult. D. de legat. l. (30); coll. l. 40. pr. D. de hered. petit (5, 3); l. 15. §. 3. D. de rei vindicat. (6, 1).

27) l. 4. pr. D. de periculo et commodo (18, 6).

28) l. 17. D. eod.

ligt, derselbe ohne Weiteres aufgelöst wird; aber für sehr zweifelhaft muß die Frage angesehen werden, wie es dann zu halten sei, wenn er es an einer solchen bestimmten Erklärung ermangeln läßt. Man könnte hier nämlich eine doppelte Ansicht von der dem Handel beigefügten Bedingung des Besichtes fassen. Man könnte sich zuvörderst an die Worte der Clausel halten, und darnach annehmen, die Bedingung bestehe blos in der Thatsache der Besichtigung; es trete mithin dieselbe an sich ein, so wie der Käufer die Waare in Augenschein nehme, und es könne diese Wirkung des Besichtes nach der eigentlichen Meinung der getroffenen Vereinbarung nur dadurch verhindert werden, daß der Käufer sofort bei der Besichtigung sein Mißfallen an der Waare bestimmt zu erkennen gebe. Man könnte um so geneigter seyn, dieser Ansicht von der Sache zu folgen, da der Käufer nach Treue und Glauben gehalten ist, sich nach der Untersuchung der Waare sofort über den Bestand des Handels zu erklären, und es daher nicht unangemessen scheint, sein Stillschweigen gegen ihn zu deuten. Man könnte es hiebei zur Unterstützung geltend machen, daß die Römer den Handel ad gustum dann für vollständig geschlossen erklären „cum fuerit degustatum“ ohne noch ausserdem der Billigung des Weines durch den Käufer als nothwendig zu gedenken[29]), daß sie vielmehr das Recht desselben nur darin setzen, „ut improbare liceat“[30]), und daß sie den Verkäufer das periculum nur bis zu dem Momente treffen lassen „quoad emtor degustaverit“[31]), nicht aber bis zu dem Augenblicke, wo derselbe den gekosteten Wein gebilligt hat. Endlich sagt auch Vincens von der in Marseille vorkommenden gleichen Clausel „vue en sus“, sie ertheile dem Käufer die Freiheit, die Waare im Momente der Besichtigung zu verweigern[32]). Geht man nun von dieser Ansicht aus, so wird erforderlichen Falls der Verkäufer, welcher vom Käufer die Abnahme der auf Besicht verkauften Waare verlangt, den Beweis übernehmen müssen, daß der Besicht statt gefunden, und, insofern dieses und zugleich daß darauf eine bestimmte Erklärung des Käufers erfolgt sey, eingeräumt wäre, über den Inhalt dieser Erklärung aber nichts constirte, daß der Käufer die Waare gebilligt habe. Wenn hingegen die Vornahme des Besichtes zwar ausgemittelt wäre, im Uebrigen aber, während der Käufer behauptet, sich ablehnend erklärt zu ha-

---

29) l. 1. pr. D. eod. In l. 4. pr. D. eod. wird, freilich in einer andern Beziehung, die Bedingung so aufgelöst: si ante illum diem fuissent degustata“, nicht „degustata et probata“.

30) S. oben Note 4.

31) l. 4. §. 1. D. eod.

32) Vincens l. not. 3. cit.

ben, der Verkäufer anführte, jener habe sich bei der Besichtigung gar nicht erklärt, so würde der Käufer seine Behauptung, eine Erklärung abgegeben zu haben, wahr machen müssen, weil der Verkäufer an sich schon in der Vornahme des Besichtes fundatam intentionem hätte, und weil ihm sonst unstatthafter Weise der Beweis der Negative, daß der Käufer sich nicht erklärt habe, auferlegt werden würde.

§. 9.

Man kann aber auch füglich die Clausel dahin verstehen, daß dadurch dem Käufer die Besichtigung und Genehmigung der Waare vorbehalten, und erst von letzterer die Perfection des Geschäftes abhängig gemacht werden sollte. Und diese Auslegung verdient den Vorzug. Denn das Recht, die Waare nach der Prüfung derselben nach Gefallen zu genehmigen oder zu verwerfen, ist es eigentlich, was der Käufer durch die Hinzufügung jener Clausel sich sichern wollte; auf die Erklärung des Käufers nach der vorgenommenen Besichtigung ist mithin bei der Auslegung das entscheidende Gewicht zu legen, diese als das eigentliche Gemeinte, die Besichtigung selbst aber nur als Mittel, welches dazu den Weg bahnen soll, zu behandeln. Weil nun aber auf die Untersuchung der Beschaffenheit der Waare, die Erklärung über die Annahme und Verwerfung derselben unmittelbar zu folgen pflegt, und nach der Absicht der Contrahenten unmittelbar darauf folgen soll, so erklärt es sich daraus leicht, weshalb in der Clausel „auf Besicht" nur das Erstere, was man sich vom Verkäufer gestattet wissen will, ausgedrückt wird, obwohl das Letztere deshalb nicht weniger mit verstanden ist. Wird wohl Jemand mit der Phrase: „ich will aber die Sache zuvor besehen", einen andern Sinn verbinden als mit der „ich will aber zuvor die Sache besehen, ob sie mir auch gefällt", und wird nicht bei dem Letzteren wieder ohne Weiteres eine Erklärung des Käufers erwartet werden, wie ihm die Waare ansteht, obwohl die Worte hievon nichts besagen? — Liegt aber alles dieses in der Meinung der Contrahenten, so muß es auch eben so behandelt werden, als wenn es ausdrücklich mit ausgesprochen worden wäre; und die in der Clausel enthaltene Suspensivbedingung lautet folglich dahin: „wenn der Käufer die Waare besehen, sie ihm gefallen und er solches Gefallen dem Verkäufer erklärt haben wird".

§. 10.

Die hiegegen erhobenen Bedenken können denn auch für durchgreifend nicht geachtet werden. Die aus der wörtlichen Auslegung der Clausel gezogene Folge beseitigt sich durch die bisherige Entwickelung der wahren Meinung derselben; und auf gleiche Weise erklä-

ren sich die bei dem Handel „ad gustum“ vorkommenden Ausdrücke. Wird nämlich hier auch blos von einem Kosten, nicht zugleich von einem Billigen des Weines geredet, so ist doch das Letztere sicher mit verstanden, wie darauf eine Stelle hindeutet [33]), und ist es interessant zu sehen, wie dieses im französischen Rechte bestimmt hervor gehoben ist [34]). Noch weniger folgt daraus, daß in dem einen Gesetze von einer Befugniß die Waare zu verwerfen geredet wird, denn es ist in jener Stelle gar nicht der Zweck, darüber zu entscheiden, ob zur Perfection des Geschäftes eine positive Billigung der Waare erforderlich, oder ob es genügend sei, wenn sie nur nicht gemißbilligt wird, sondern es soll vielmehr nur das eigenthümliche Rechtsverhältniß, worin der Käufer ad gustum steht, dargelegt werden. Dieses wird aber natürlicher Weise darin gesetzt, daß er nach Gefallen die Waare verwerfen, und sich dadurch von dem ganzen Geschäfte los machen, nicht darin, daß er billigen kann. Daß hierauf denn auch nur die eigentliche Meinung der aus Vincens angeführten Stelle gerichtet sei, ergiebt sich daraus, daß er es gleich darauf empfiehlt, bei der Clausel einen kurzen Termin für das Besehen und Billigen der Waare pour visiter et agréer) zu bestimmen. Was endlich die Verpflichtung des Käufers, sich gleich bei dem Besichte über die Annahme der Waare zu erklären, anbetrifft; so würde, wenn eine Resolutivbedingung in Frage stände, dieser Umstand wohl berechtigen, aus dem Unterlassen der Erklärung des Mißfallens die Folge abzuleiten, daß der Käufer nicht gemeint gewesen sei, den Handel aufzurufen [35]); allein, da hier eine Suspensivbedingung vorhanden ist, so könnte dieselbe nur aus dem Gesichtspunkte einer stillschweigenden Einwilligung für erfüllt angesehen werden. Nun läßt sich aber aus dem Stillschweigen dessen, der sich bejahend oder verneinend erklären kann, noch nicht ohne Weiteres eine Zustimmung folgern, und kann seine Verpflichtung, sich zu erklären, nur dahin führen, ihn zur Abgabe solcher Erklärung zu nöthigen, oder ihn unter dem Präjudiz des Zurücktritts vom Handel hiezu aufzufordern, aber nicht dahin, die

---

33) l. 15. D. eod. verbis: „sive degustando male probavit...“

34) Code civil. art. 1587: „A l'égard du vin, de l'huile et des autres choses, que l'on est dans l'usage de gouter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées“.

35) Aus diesem Gesichtspunkte dürfte die Vorschrift des preuß. Landr. Thl. 1. Tit. 11. §. 336. zu würdigen seyn, welches bei einer auf die Probe verkauften und hingegebenen Sache, dem Käufer, welchem zur Erklärung, ob er die Sache behalten wolle, eine gewisse Zeit bestimmt war, den Rücktritt nicht mehr gestattet, wenn er dieselbe vorbeistreichen läßt, ohne sich zu erklären.

Zustimmung zur Perfection des Geschäftes als ertheilt anzunehmen. Der Handel auf Besicht wird also nicht eher purificirt, als bis der Käufer seine Genehmigung erklärt hat, gleich wie es nach dem älteren hamburgischen und lübischen Rechte nicht genügte, die Waare besehen zu haben, sondern noch hinzukommen mußte, daß der Käufer erklärte, sie zur Genüge besehen zu haben, oder daß er sie an seine Were brachte. Der Verkäufer kann mithin aus einem solchen Handel nicht anders auf Erfüllung klagen, als bis die Genehmigung erfolgt ist, und hat er dieses mithin als zum Grunde seiner Klage gehörig, erforderlichen Falls zu beweisen [36]).

§. 11.

Die Genehmigung braucht übrigens keinesweges ausdrücklich, sondern sie kann eben so rechtsbeständig auch stillschweigend erklärt werden. Wann eine stillschweigende Genehmigung vorhanden sei, darüber lassen sich nicht füglich abstracte Regeln aufstellen, sondern es müssen in der Hinsicht die concreten Verhältnisse des einzelnen Falles erwogen werden. So kann es daher namentlich nicht schlechthin für eine Billigung der Waare gelten, wenn der Käufer bei dem Besichte eine Probe von derselben mit nimmt. Denn geschieht dieses, um damit Versuche anzustellen, und dadurch die Eigenschaften der Waare näher kennen zu lernen, so liegt darin offenbar noch keine Billigung derselben; und selbst aus einer nicht sofortigen Zurücksendung der Probe, oder wohl gar aus dem Behalten derselben, läßt sich in Ermanglung besonderer Verabredungen oder Nebenumstände eine Genehmigung nicht folgern [37]). Nähme hingegen der Käufer die Probe zu dem Ende mit, um nach derselben die Waare zum weiteren Verkauf an Dritte auszubieten, so würde dieses Faktum anders zu beurtheilen sein. Doch, wie gesagt, das sind Dinge, wo sich nur an Beispielen zeigen läßt, wie die vorkommenden Fälle zu behandeln sind, ohne daß man daraus ein allgemeines Prinzip bilden kann.

§. 12.

Endlich bleibt noch zu erörtern, welchen Einfluß die Besichtigung und Billigung der Waare auf die Verpflichtigung des Verkäufers, für Mängel und Gebrechen an derselben Gewähr zu leisten hat. So wie aber der Verkäufer überhaupt nicht für sichtbare

---

36) Also nicht blos der Billigkeit, sondern auch der Theorie des Rechts entspricht es, wenn, wie im Archiv f. d. Handelsr. B. 1. S. 340 erwähnt wird, das Handelsgericht in Hamburg bei einer Klage aus einem Verkaufe auf Besicht dem Verkäufer den Beweis auflegt, daß der Käufer die Waare ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt habe.

37) Vergl. Archiv f. d. Handelsrecht B. 1. S. 342, 3. coll. S. 336, 7; 340, 1.

Mängel der verkauften Sache einsteht, wenn er sie nicht absichtlich vor dem Käufer verheimlicht hat, so braucht er für solche Fehler am wenigsten in dem Falle zu haften, wenn Letzterer das Gekaufte vor dem definitiven Abschlusse des Handels noch besonders besichtigt und untersucht hat. Nur heimliche, bei dem Besichte nicht erkennbare Mängel der Waare können mithin noch in Frage kommen. Von diesen aber muß man nach allgemeinen Grundsätzen mit dem lübischen Rechte, was, wenn der Käufer das Gut zuvor zur Genüge besehen hat, ihn im Ganzen zur Bezahlung desselben verpflichtet, sagen: „Können aber die Gebrechen mit menschlichen Sinnen nicht begriffen, und gleichwohl hernachmals die Waaren untüchtig befunden werden, soll man die Bezahlung dafür zu thun nicht schuldig sein[38];" denn in der Billigung der Waare nach dem Besichte liegt nur die Erklärung, daß sie dem Käufer, so wie er sie bei der Untersuchung befunden, gefallen habe, keineswegs aber eine unbedingte Genehmigung der Waare auch in solchen Beziehungen, womit der vorgenommene Besicht nichts zu thun hatte. Mithin kann darin kein Verzicht auf das Recht jedes Käufers, von dem Verkäufer Gewähr für die heimlichen Mängel der Sache zu fordern, gefunden werden. Anders verhält es sich aber nach dem hamburgischen Rechte, welches, wie in der vorigen Abhandlung gezeigt wurde, den eigenthümlichen Grundsatz hat, daß, wenn der Käufer das besehene und erstandene Gut an seine Behausung und Gewehr gebracht hat, er es nun auch ohne alle Einrede bezahlen muß[39]). Was nämlich hier von der ohne besondere Verabredung vorgenommenen Besichtigung verordnet ist, das muß ohne Zweifel auch da gelten, wo in einer besonderen Clausel des Contracts die Besichtigung stipulirt war. Hienach befreiet es nun in Hamburg den Verkäufer zwar an sich noch nicht von der Gewährleistung für verborgene Mängel, wenn der Käufer die auf Besicht gekaufte Waare besehen und gebilligt, wohl aber, wenn derselbe sie hienächst empfangen und an seine Were genommen hat.

38) Lüb. Recht lib. 3. tit. 6. art. 15.
39) Hamb. Statut P. 2. tit. 8. art. 17.

II.

Vom Handel nach Probe.

§. 1.

Bei denjenigen Waaren, wobei eine bedeutende specifische Verschiedenheit statt findet, oder deren Güte sich nicht füglich nach einer davon gegebenen Beschreibung, sondern nur aus eigener Ansicht derselben beurtheilen läßt, pflegt der Eigenthümer, wenn er es nicht etwa vorzieht, auf Besicht zu veräussern, dem mit dem Verkaufe derselben beauftragten Mäkler häufig eine Probe einzuhändigen, um diese den Kaufliebhabern vorzuzeigen, und auf die Grundlage derselben den Handel abzuschließen. Die Autorisation für den Mäkler, auf diese Weise das Geschäft zu vermitteln, braucht aber nicht gerade ausdrücklich ertheilt zu werden, sondern sie liegt schon stillschweigend in der Zustellung einer Probe bei der Aufgabe der Waare zum Verkauf, insofern hiebei nicht speciell eine andere Absicht zu erkennen gegeben wird; denn das ist der gewöhnliche und natürliche Zweck, zu welchem dem Mäkler Proben zugestellt werden. Auf gleiche Weise wird nun ferner bei dem Abschlusse des Handels häufig ausdrücklich in der Schlußnote bemerkt, daß derselbe nach einer vorgelegten Probe abgeschlossen worden sei, und pflegt man sich hiezu der Clausel „nach Probe"[1]) zu bedienen. Es bedarf dessen aber nicht nothwendiger Weise, denn, wird dem Käufer die Waare nur nach der Probe angeboten, und ihm solche bei dem Abschlusse des Geschäftes eingehändigt, so ist darin im Zweifel eine stillschweigende Vereinbarung der Contrahenten enthalten, daß die Probe als Basis des Kaufes angesehen werden soll[2]).

---

1) Man darf dieses aber ja nicht mit einem Handel „auf Probe" verwechseln, wobei der Käufer die Befugniß erhält, zuvor die gekaufte Sache zu untersuchen und zu erproben, ob sie ihm auch gefällt. (S. die vorige Abhandl.) Im französischen Rechte hebt sich die Verschiedenheit dieser beiden Geschäfte schon durch die Ausdrücke, welche die Sprache dafür hat, scharf hervor. Der Verkauf „auf Probe" heißt **une vente à l'essai (Code civ. art. 1588)**, die Clausel „nach Probe" aber, wird ausgedrückt durch die Worte „**pareille à l'échantillon**" (**Pardessus cours de droit commercial P. 2 tit. 3. ch. 2. sect. 3. §. 2. Tom. 2. pag. 274 edit. 3)**; und in der Sache selbst haben sie auch so gut wie gar nichts mit einander gemein.

2) In Hamburg namentlich ist dieses die entschiedene Ansicht, und sind bei dem OAGerichte bereits Fälle vorgekommen, wo nicht nur dieselbe von dem dortigen Handelsgerichte und dem OGerichte bei ihren

§. 2.

In dem Abschluß eines Handels nach Probe liegt mithin von Seiten des Verkäufers die Zusicherung, daß die Waare der Probe entsprechen solle, und von Seiten des Käufers die Billigung derselben, insofern sie probegemäß sein werde. Es ist mithin kein gewöhnlicher Handel, worin eine Waare d'une qualité loyale et marchande, s. g. Kaufmannsgut geliefert werden muß, aber auch nur geliefert zu werden braucht, sondern es ist ein Handel mit einem dictum et promissum, mit einer besonderen Zusicherung über die Qualität des Verkauften, welche Verabredung bald zur Folge haben kann, daß der Käufer mehr, bald, daß er weniger als gewöhnliches Kaufmannsgut zu fordern hat, je nachdem die Probe auf dieses oder jenes hinweist. Insoweit hebt mithin der Gebrauch der Clausel die gesetzmäßige Verpflichtung des Verkäufers, für eine Waare gewöhnlicher Güte einzustehen, auf. Allein die Probe liefert nur den Maßstab für solche Eigenschaften des Gutes, die sich aus der Probe ersehen lassen, im Uebrigen aber besteht jene Verbindlichkeit der Verkäufers fort, so daß derselbe auch ausser dem Fall eines Betruges noch haften muß, sowohl wenn bei der Besichtigung der Waare an sich offenbare Mängel entdeckt werden, die aber aus der Probe nicht entnommen werden konnten, als auch, wenn sich demnächst heimliche Mängel an derselben hervorthun sollten. Würde z. B. Tuch nach Probe verkauft, so müßte der Käufer sich, was Farbe und Feinheit betrifft, mit demjenigen begnügen, was in der Hinsicht die Probe ausgewiesen hat; aber er könnte unbedenklich die Annahme des Tuches verweigern, wenn sich in demselben Risse oder andere solche Mängel ergeben sollten, worüber aus der Probe nichts ersehen werden konnte; eben so, als wenn bei einem nach Probe verkauften Fasse Kaffe die Waare sich ungleich befindet, oben im Fasse der Probe entspricht, unten von derselben abfällt.

§. 3.

Bei einem nach Probe geschlossenen Handel sind übrigens beide Theile sofort gebunden, denn das einem Geschäfte hinzugefügte

---

Erkenntnissen zum Grunde gelegt, sondern dabei auch namentlich von dem Handelsgerichte, so wie von vernommenen Sachverständigen bestimmt bezeugt war, daß die Sache im kaufmännischen Verkehre so angesehen werde. Demnach wird, wenn die Schlußnote auch nichts davon besagt, der Beweis zugelassen, daß nach Probe verkauft worden sei, und es bedarf weder einer besondern Nachweisung, daß der Mäkler vom Verkäufer ausdrücklich beauftragt war, nach der ihm eingehändigten Probe zu verkaufen, noch daß bestimmt erklärt sei, es werde nach Probe verkauft, wenn nur letztere bei Eingehung des Geschäftes vorgezeigt und dem Käufer übergeben wurde.

dictum et promissum macht dasselbe keineswegs zu einem bedingten, sondern begründet nur eine besondere Verpflichtung des Promittenten [3]). Um nun aber demnächst gehörig ermessen zu können, ob die vom Verkäufer zur Erfüllung des Handels angebotene Waare auch probemäßig sey, muß natürlich die Probe bis dahin aufgehoben werden. In der Hinsicht brachte es in einem analogen Falle die frühere Vorschrift des hamburgischen Rechts mit sich, daß der Mäkler von verhandeltem Korne sofort Muster nehmen, diese in einen Beutel thun, und dem Käufer versiegelt zustellen, auch von selbigem Muster gleichfalls etwas versiegelt bei sich behalten mußte, bis das Korn wirklich geliefert war [4]), und diese Bestimmung findet sich noch jetzt im preußischen Landrecht, nur mit der zwiefachen Modification, daß sie auf alle verhandelten Waaren ausgedehnt ist, und daß die vom Mäkler aufzuhebende Probe vom Verkäufer versiegelt werden soll [5]). Ob übrigens dasjenige, was hier bei einem unmittelbar nach der Waare selbst abgeschlossenen Handel zur Sicherheit des Käufers, damit kein Vertauschen der gekauften Sache statt finde, und zur Sicherheit des Verkäufers, damit ihm nicht ohne Grund die Vornahme einer Veränderung mit derselben vorgeworfen werde, verordnet ist, auch bei einem Handel nach Probe angewandt worden sei, ist wohl zu bezweifeln, da, so zweckmäßig auch ein solches Verfahren für die Erhaltung und Constatirung der gegenseitigen Rechte wäre, dennoch der kaufmännische Verkehr nicht leicht Maßregeln duldet, die, namentlich bereits bei der Einleitung des Geschäfts, ein Mißtrauen der Contrahenten gegen einander zu erkennen geben. Jetzt zum mindesten, wo in Hamburg die Mäklerordnung von 1740 durch neuere, in denen die erwähnte Vorschrift sich nicht mehr findet, ausser Kraft gesetzt ist, wird dort bei dem Handel nach Probe, wenigstens in der Regel, nicht so verfahren, sondern vielmehr dem Käufer die Probe unversiegelt eingehändigt; und entsteht bei diesem Verfahren theils die Frage nach der Verpflichtung des Käufers, die Probe bis zur Constatirung der versprochenen Qualität der Waare, unverändert aufzuheben, theils die Frage, wie im Zweifel zu ermitteln sei, ob auch die demnächst vom Käufer vorgelegte Probe identisch und unverfälscht sei.

§. 4.

Was hier nun zuvörderst die Verbindlichkeit des Käufers, die Probe aufzubewahren, anbetrifft, so kann diese im Allgemeinen

3) Vergl. hamburg. Mäklerordn. v. J. 1816. §. 13.
4) Hamburg. Mäklerordn. v. J. 1740 Art. 17, (b. Klefecker Samml. d. hamburg. Ges. u. Verf. B. 6. S. 349).
5) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1356. 7.

nicht bezweifelt werden; denn die Probe bildet die Grundlage des Handels, wonach demnächst, wenn zwischen den Contrahenten über die gebührende Beschaffenheit der Waare Differenzen entstehen, dieselbe von Sachverständigen zu untersuchen ist. Der Käufer erhält daher die Probe nicht bloß in seinem Interesse, sondern auch in dem des Verkäufers, und er kann daher von diesem zur Vorlegung derselben zu dem Zwecke angehalten werden, damit darnach die bestrittene Probemäßigkeit der Waare ermittelt werde; und leidet es keinen Anstand, daß ihm solche Vorlegung vom Richter nöthigenfalls unter Androhung von Präjudizen anbefohlen werden kann. Liegt nun sonach dem Käufer die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe, und zwar zu einer solchen Aufbewahrung ob, daß sie sich nicht verändert, und zu einer zuverlässigen Vergleichung mit der Waare benutzt werden kann, und muß er hiebei, da ihn diese Verpflichtung aus dem Kaufcontracte trifft, dem Verkäufer für allen Fleiß und für alle Sorgfalt haften; so folgt daraus doch noch keineswegs, wie man es wohl behauptet hat, daß, wenn der Käufer die Probe abhanden kommen läßt, oder sie sonst verwahrlost, er nun ohne Weiteres die ihm angebotene Waare als probemäßig anerkennen und sie annehmen muß. Denn, wenn der eine Contrahent sich gegen den andern eine Sorglosigkeit zu Schulden kommen läßt, so muß er demselben zwar wohl das Interesse dafür prästiren, aber es ändert das an dessen Verpflichtung, seinerseits den Vertrag seinem Gegenstande nach genau zu erfüllen, nichts. Mithin bleibt der Verkäufer nach wie vor zu einer probemäßigen Lieferung gehalten; allein, da ihm jetzt durch die Schuld des Käufers in der Probe das Beweismittel, womit er die gehörige Beschaffenheit seiner Waare hätte darthun können, entzogen worden ist, so muß Letzterer ihn nun dadurch entschädigen, daß er demselben den sonst ihm obliegenden Beweis der Probemäßigkeit der Waare abnimmt, und daß nun vielmehr er schuldig wird, die Unprobemäßigkeit derselben darzuthun. Erst, wenn er diesen Beweis nicht zu erbringen vermöchte, wozu er sich ja schlimmsten Falls der Eidesdelation an den Verkäufer bedienen könnte, würde er zur Annahme der Waare verbunden sein.

§. 5.

Hienach läßt sich denn auch eine fernere Behauptung, die ebenfalls wohl aufgestellt worden ist, würdigen, die nämlich, daß, wenn der Käufer die ihm zugestellte Probe anbreche, ohne besondere Erlaubniß hiezu erhalten zu haben, er nunmehr die Waare ohne Weiteres behalten müsse. Man hat hiefür im Wesentlichen die beiden Gründe geltend gemacht, daß da die Probe dem Käufer

nur zum Aufbewahren im Interesse beider Theile anvertrauet sei, derselbe sie auch gleich einem Depositum ansehen müsse und mithin wider Treue und Glauben handele, wenn er etwas davon nehme; und daß durch jede Verringerung der Probe dieselbe zur Vergleichung mit der Waare untauglich werde. Nähme man z. B. von einer Kaffeeprobe etwas ab, so sei es selbst bei dem redlichsten Verfahren fast unmöglich, daß die Anzahl der guten und der schlechten Bohnen in dem Reste genau in demselben Verhältnisse zu einander stehen sollten, als sie zuvor in der ganzen Probe zu einander standen. Diese Gründe können aber für richtig und erheblich nicht geachtet werden. Denn die Probe, insofern der Käufer sie unversiegelt erhält, wird ihm keinesweges als ein Depositum, sondern nur vermöge des Kaufcontractes zu dem Zwecke eingehändigt, damit durch Vergleichung der Waare mit derselben, deren versprochene Qualität ausgemittelt werden könne. Nur insoweit, als es zu diesem Zwecke erforderlich ist, erstreckt sich daher die Verpflichtung des Käufers zum Aufbewahren der Probe. Mithin muß derselbe von der Probe allerdings so viel übrig lassen, daß, wenn die Waare damit verglichen wird, die Probemäßigkeit derselben sich darnach beurtheilen läßt. Daran kann es aber selten oder nie hindern, wenn ohne Gefährde ein Theil von der Probe genommen wird. Denn, wenn auch, die Sache mit mathematischer Genauigkeit genommen, zugegeben werden muß, daß, um bei dem Beispiele der Kaffeeprobe stehen zu bleiben, durch das Theilen der Probe das Verhältniß der guten und schlechten Bohnen in derselben ein etwas anderes wie vorher werden kann, so bleibt doch die Qualität im Ganzen dieselbe, und das genügt bei der Vergleichung. Denn man stellt diese ja nicht in der Maaße an, daß man die einzelnen Bohnen nach ihren verschiedenen Gattungen gegen einander abzählt, sondern man vergleicht den Haufen im Ganzen mit der Probe im Ganzen. Wollte man anders, und mit einer ängstlicheren Genauigkeit verfahren, so würden solche Waaren, als Kaffee, Getreide und ähnliche Dinge, gar nicht nach Probe verkauft werden können, da es fast unmöglich erscheint, eine Probe von der Waare zu nehmen, die ein so getreues Bild ihrer Beschaffenheit lieferte.

§. 6.

Ist nun aber das Abnehmen eines Theils der dem Käufer offen zugestellten Probe dem Zwecke, wozu sie bestimmt ist, nicht hinderlich; so kann dieses auch für etwas Unerlaubtes nicht geachtet werden; und das um so weniger, da es gewiß sehr natürlich erscheint, daß der Käufer mit einem Theile der Probe solche Ver-

suche anstellt, wodurch er die aus der Probe nicht ersichtlichen Eigenschaften der Waare kennen lernt, oder solchen Theil dazu benutzt, um dieselbe darnach wieder dritten Käufern anzubieten, oder um seinem Committenten vorläufig ein Muster des für seine Rechnung erstandenen Gutes zu übersenden. Ist aber jede dieser Gebrauchsarten eine solche, die sich gewiß die redlichsten Männer auch ohne besondere Stipulation erlauben, so muß der Verkäufer auch darauf rechnen, und kann er mithin daraus im eintretenden Falle dem Käufer keinen Vorwurf machen, denn, wer sich in einem gegebenen Verhältnisse die Handlungsweise redlicher und sorgfältiger Männer, die gewisser Maaßen die stillschweigende lex conventionalis zwischen den Contrahenten bildet, zur Richtschnur dienen läßt, der ist vor Schadensansprüchen sicher. Gesetzt aber auch der Käufer mißbrauchte diese Befugniß, etwas von der Probe zu nehmen, und verringerte dieselbe dergestalt, daß darnach eine Vergleichung mit der Waare nicht füglich mehr angestellt werden könnte, so würde die unmittelbare Folge hievon doch keineswegs die sein, daß derselbe nun ohne Weiteres die Waare behalten müßte, sondern nur, daß, wenn er die Probemäßigkeit der ihm angebotenen Waare bestreitet, ihn die Beweislast trifft, wie in dem Falle, wenn er die Probe hat ganz abhanden kommen lassen. — Daß ein mäßiges Abnehmen von der Probe ohne Gefährde dem Käufer gestattet sei, und ihn dem Verkäufer weder zur unweigerlichen Annahme der Waare noch zu sonst etwas verpflichte, wurde von dem Oberappellationsgerichte am 13ten Januar 1826 J. S. von Dadelßen c. Otte in Uebereinstimmung mit dem hamburgischen Obergerichte in einem Falle erkannt, wo der Käufer von der ihm zugestellten Kaffeeprobe etwa den vierten Theil abgenommen hatte, um denselben zu brennen und zu schmecken.

§. 7.

Kommt es nun demnächst zur Untersuchung der Waare, so muß der Käufer erwähnter Maaßen zu dem Ende die Probe vorlegen. Erkennt der Verkäufer die Identität derselben an, so macht sich die Sache leicht; die Waare wird, mehrentheils unter Zuziehung des Mäklers, welcher den Handel vermittelt hat, nach der Probe geprüft, und im Fall sie etwa derselben nicht zu entsprechen scheint, allenfalls noch einmal dem Gutachten anderer Sachverständigen unterzogen, und hienächst entweder unumwunden angenommen, oder verworfen, oder endlich, was bei Mängeln adversus dictum et promissum dem Käufer ebenfalls frei steht[6]), zwar an-

6) l. 18. pr., l. 19. §. 2, l. 47. pr. D. de aedilit. edicto (21, 1).

genommen, aber doch wegen der Unprobemäßigkeit ein Abzug am Kaufpreise gemacht. Zweifelhafter erscheint die Frage, ob der Käufer, wenn er die Annahme der der Probe nicht entsprechenden Waare verweigert, doch noch daneben das Interesse fordern kann, welches er bei der Lieferung einer probemäßigen Waare gehabt haben würde. Denn, ob man solches in gewöhnlichen Fällen neben der Redhibition mittelst der Contractsklage verlangen könne, muß nach den Gesetzen als sehr zweifelhaft angesehen werden[7]). Gleichwohl ist ein solcher Anspruch da, wo nach Probe verkauft wurde, zugelassen. Wenn nämlich der Verkäufer über die Beschaffenheit der Waare besondere Zusicherungen gemacht hat, so haftet er, gleich dem, welcher wissentlich Fehler der Sache verschwieg oder ihr wahrheitswidriger Maaßen Vorzüge beilegte[8]), dem Käufer für das Interesse, wenn sich das nachher anders befindet[9]). Denn, wenn der Verkäufer nicht sicher war, daß die Sache auch wirklich die versprochenen Eigenschaften habe, so durfte er dieselben ohne einen an Arglist gränzenden Leichtsinn, dem Käufer nicht zusichern. In dem Verkauf nach Probe liegt aber das Versprechen der probemäßigen Lieferung; und wird daher die Waare nicht der Probe entsprechend befunden, so braucht der Käufer nicht blos dieselbe nicht zu empfangen, sondern er kann auch das Interesse fordern; wie dieses auch bereits am 5ten April 1825 J. S. Kitz c. Englert von dem Oberappellationsgerichte ausgesprochen worden ist.

§. 8.

Bestreitet hingegen der Verkäufer die Identität der vom Käufer vorgelegten Probe, so geschieht es nicht selten, daß er von Letzterem hierüber einen förmlichen Beweis fordert, wozu derselbe vermöge seiner Verpflichtung, die Probe unverändert aufzubewahren, gehalten sei. Denn, wem eine Verpflichtung der Art obliege, der müsse erforderlichen Falls auch darthun, ihr nachgekommen zu sein. Allein dieses Verlangen streitet mit der bona fides; denn indem dem Käufer die Probe unversiegelt übergeben wurde, ist ihm zugleich ein Vertrauen bewiesen, welches schon im voraus die Nothwendigkeit herbeiführte, bei künftigen Zweifeln über die Aechtheit und Unverfälschtheit der Probe seiner Versicherung oder doch sei-

---

7) Cf. l. 45. D. de contrah. emptione (18, 1); l. 6. §. 4, l. 13. pr., l. 21. §. 3. D. de act. empti (19, 1); l. 19. §. 1. D. locati (19, 2); l. 29. §. 3, l. c, 31. pr. D. de aedil. edicto (21, 1).

8) l. 13. pr. §. 2. D. de act. empti (19, 1); l. 1. C. de aedil. act. (4. 58).

9) l. 13. §. 3. D. eod. l. 31. §. 1. D. de aedilit. edicto (21, 1). Schweppe röm. Privatrecht §. 435.

nem Eide hierüber Glauben zu schenken. Wie wäre hier nämlich in den mehrsten Fällen ein anderer Beweis möglich, da Niemand die ganze Zeit hindurch, wo der Käufer im Besitz der Probe gewesen ist, denselben controliren konnte, daß er keine Veränderung mit derselben vorgenommen habe; da ferner es auch immer mislich sein würde, die Identität der Probe von Dritten nach der bloßen Erinnerung bezeugen zu lassen, indem diese hiezu ohne Vergleichung mit einer zweiten Probe oder mit der Waare selbst sich selten im Stande fühlen würden; und da endlich der Käufer, wegen des ihm vom Verkäufer bei der Einhändigung der unversiegelten Probe geschenkten Vertrauens, und wegen des gewöhnlich ohne allen Anstand erfolgenden Anerkenntnisses der Aechtheit der Probe, welche der Erwerber vorlegt, sich gar nicht veranlaßt finden konnte, im Voraus für besondere Beweise zu sorgen.

§. 9.

So wie aber dieser Umstand im kaufmännischen Verkehre häufig dahin führt, daß wer Jemanden eine Waare oder ein Geschäft vertrauet, ihm auch die Rechenschaft darüber vertrauen[10]), und sich statt sonst erforderlicher stringenter Beweise, mit den eigenen Aufzeichnungen oder eidlichen Versicherungen desselben begnügen muß, so ist das auch bei dem Handel nach Probe der Fall, und muß der Verkäufer hier mit der auf Verlangen eidlich zu erhärtenden Versicherung des Käufers, daß es unverändert die ihm beim Abschluß des Handels zugestellte Probe sei, zufrieden geben. Will er dieses nicht, so muß er den Beweis übernehmen, daß die Probe vertauscht, verfälscht oder sonst verändert worden sei[11]). Hierzu

---

10) Consolato del mare cap. 277. Lüb. Recht lib. 3. tit. 6. art. 20.

11) Bei manchen Gegenständen, z. B. bei dem Jamaikakaffee, soll eine solche Veränderung schon dadurch bewirkt werden, daß man die Probe wiederholt durch die Hand gehen läßt, indem dadurch namentlich jener Kaffee eine dunklere und bessere Farbe gewinne. In solchen Fällen erscheint es für den Verkäufer rathsam, bei dem Abschlusse des Geschäfts für die Absonderung eines demnächst bei der Prüfung der Waare zu benutzenden und intact zu erhaltenden Theils der Probe Sorge zu tragen; denn sonst würde dem Käufer aus dem wiederholten Besehen und Vorzeigen der Probe an Dritte kein Vorwurf zu machen, und der Verkäufer nicht zu hören sein, wenn er demnächst eine Erklärung über die Aechtheit der Probe, eines solchen eingetretenen Umstandes wegen, verweigern wollte; sondern ihm würde nur die Befugniß bleiben, die Sachverständigen bei der Untersuchung der Waare und der Vergleichung derselben mit der Probe hierauf aufmerksam zu machen. Diese Grundsätze befolgte das OAGericht bei einem am 16ten Junius 1826 J. S. Froichen Söhne c. Jahncke et Stoppel abgegebenen Erkenntnisse.

genügt es aber noch keineswegs, wenn er darthut, daß die dem Mäkler bei der Aufgabe der Waare eingehändigte Probe wirklich und aufrichtig unmittelbar von der jetzt zur Erfüllung des Vertrages angebotenen Waare genommen worden ist; denn es kommt nicht auf die Qualität der dem Mäkler gegebenen Probe an, sondern der Käufer hat ein Recht darauf, daß die Waare der ihm vom Mäkler zugestellten Probe entspreche. Hätte daher der Mäkler etwa die Probe flattirt, wie man es nennt, oder hätte sie auch nur zufällig in seiner Hand eine Verbesserung erlitten, so daß die Waare demnächst derselben an Güte nicht entspräche, so würde der Verkäufer den Käufer zur Abnahme derselben nicht anhalten können. Nach den in diesen beiden letzten Paragraphen entwickelten Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht sowohl in dem §. 6. erwähnten Rechtsfalle, als auch in der Note 11. gedachten Sache, indem es in der Hinsicht die Entscheidungen des hamburgischen Obergerichts lediglich bestätigte.

§. 10.

Die bisherige Erörterung ergiebt zur Genüge die wesentlichen Verschiedenheiten des Handels nach Probe von dem Handel nach Besicht; so wie die eigenthümlichen Vortheile, welche der eine und der andere dieser Arten von Handel dem Verkäufer und dem Käufer gewähren. Ersterer ist ein unbedingter, letzterer ein bedingter Handel; bei ersterem darf der Verkäufer sicher auf die Abnahme der Waare rechnen, wenn er auf die Probemäßigkeit und sonstige gute Beschaffenheit derselben vertrauen kann; bei letzterem hängt er in dieser Hinsicht ganz von der Willkür des Käufers ab; dagegen aber haftet er bei dem Handel nach Probe dem Käufer für das Interesse, wenn die Waare der Probe nicht entspricht, und steht auch noch für andere aus der Probe nicht zu ersehenden Mängel ein, während er bei dem Handel auf Besicht sicher ist, daß der Käufer wegen der sichtbaren Beschaffenheit des Gutes nicht mehr zurück treten kann, wenn er dasselbe einmal besehen und genehmigt hat, und er dem Käufer nach hamburgischen Rechte selbst für heimliche Mängel nicht mehr einsteht, wenn dieser die besehene Waare an seine Were genommen hat. Und wenn auf der andern Seite der Käufer, welcher auf Besicht kaufte, den Vortheil genießt, nach Gefallen die Vollziehung des Geschäfts ablehnen zu können, so entbehrt er doch vorläufig der näheren Kenntniß der Waare, welche bei dem Aukauf nach Probe ihm diese letztere gewährt, und ihm in derselben zugleich ein Mittel giebt, schon vor der Empfangnahme das Gut weiter Dritten anbieten, oder sonst weiter darüber verfügen zu können. Diese verschiedenartigen Wirkungen beider Geschäfte geben nun wohl da-

zu Veranlassung, die beiden Clauseln „nach Probe" und „auf Besicht" mit einander zu verbinden.

§. 11.

So war es der Fall in folgender Rechtssache, welche am 13ten Januar 1826 von dem Oberappellationsgerichte entschieden wurde. Das Handlungshaus J. von Bergen et Comp. in Hamburg verkaufte im April 1825, nach Inhalt der darüber vom Mäkler ausgestellten Schlußnote, zwei noch in den Schiffen befindliche Ladungen anhaltischen Weitzens an Schröder, Mahs et Comp. daselbst, mit der Zusicherung, daß der Weitzen 127 bis 128 Pfund holländisch im Gewicht habe, im Uebrigen nach Probe, in 8 bis 10 Tagen zu empfangen, und auf Besicht. Der Weitzen wurde am folgenden Tage von den Käufern besichtigt, und probemäßig, aber ihrer Angabe nach zu leicht befunden, und deshalb, wie sie behaupteten, den Verkäufern durch den Mäkler erklärt, daß sie den Weitzen nur dann empfangen würden, wenn er, was sich durch Reinigen und Bearbeiten bisweilen erreichen läßt, auf das stipulirte Gewicht gebracht würde. Die Verkäufer behaupteten aber ihrerseits, theils daß der Weitzen zur Zeit des Besichts die versprochene Schwere gehabt und diese nur bei verzögertem Empfange verloren habe, theils daß die Käufer denselben unbedingt gebilligt hätten; und belangten sie daher dieselben auf Annahme und Bezahlung der Waare. In dem hierüber entstandenen Prozesse kam unter andern auch die Frage zur Sprache, ob die Kläger ausser zu dem Beweise der unbedingten Genehmigung des Weitzens auch zu dem Beweise zugelassen werden könnten, daß derselbe zur Zeit des Besichts das versprochene Gewicht gehalten habe, oder ob die Nachlassung dieses Beweises mit der Natur eines auf Besicht geschlossenen Handels in Widerspruch stehen würde, indem bei einem unter der Clausel geschlossenen Geschäfte der Käufer nach Gefallen die Waare ablehnen könne.

§. 12.

Nun würde allerdings dieses Letztere anzunehmen gewesen sein, wenn der Handel schlechthin auf Besicht gelautet hätte; aber die Verbindung dieser Clausel mit der Zusicherung eines bestimmten Gewichts und der probemäßigen Beschaffenheit der Waare von Seiten des Verkäufers mußte auf eine andere Ansicht von der Sache führen. Denn hätten sich die Käufer durch die Clausel „auf Besicht" noch die Besorgniß offen erhalten wollen, den Weitzen ganz nach ihrem Gefallen annehmen oder verwerfen zu dürfen, so würden die beiden andern Bestimmungen in der Schlußnote über die Probemäßigkeit und über das Gewicht desselben ganz müssig gewesen sein, indem es ja dann ohnehin schon den Käufern freige-

standen haben würde, die Waare abzulehnen, wenn sie etwa in einer der letztgedachten Rücksichten ihren Erwartungen nicht entsprochen hätte. Müssiges und Ueberflüssiges in einem Vertrage ist aber ohne Noth nicht anzunehmen. Eine solche Nothwendigkeit war aber in jenem Falle durchaus nicht vorhanden; denn da die Clausel „auf Besicht" den Käufer im Allgemeinen nur deshalb berechtigt, die Waare nach Gefallen zu nehmen oder abzulehnen, weil gar keine nähere Beziehung, in welcher die Besichtigung und Prüfung der Waare dem Käufer gestattet sein soll, angeführt ist[12]); so fanden sich dagegen in den beiden andern Bestimmungen der Schlußnote, daß die Waare der Probe entsprechen, und daß sie ein bestimmtes Gewicht halten solle, zwei Gegenstände angegeben, rücksichtlich deren der Besicht gar füglich stipulirt sein konnte; so daß die Meinung nur dahin ging, die Kläger sollten den Weitzen sofort besichtigen, und sich sodann darüber erklären, ob sie ihn probemäßig und gewichthaltig fänden oder nicht. In einer solchen Verbindung mit der Clausel „nach Probe" verliert daher die Bestimmung „auf Besicht" die Natur einer Potestativ-Bedingung zu Gunsten des Käufers, sondern sie dient vielmehr im Interesse des Verkäufers dazu, demselben sofort eine Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der Käufer die probemäßige Beschaffenheit der Waare, und daß dieselbe auch sonst empfangbar sei, anerkenne oder nicht. Hier erscheint mithin die Clausel „auf Besicht" nur als eine Nebenbestimmung bei der principaliter gemeinten Stipulation der Probemäßigkeit, und ist der Handel als auf die versprochenen Eigenschaften der Waare sofort rein abgeschlossen anzusehen. Dieses anzunehmen konnte in dem erwähnten Falle um so weniger einem Bedenken unterliegen, da von der einen Seite die Verkäufer es geltend machten, daß die Clausel „auf Besicht" in ihrem Interesse und auf ihren Betrieb in die Schlußnote aufgenommen worden sei, um bei der damals im Weitzenhandel eingetretenen Conjunctur zu einer schleunigen Entscheidung darüber zu gelangen, ob die Waare empfangbar befunden werde oder nicht; und da die Käufer ihrerseits in der höchsten Instanz einräumten, daß es ihnen nach dem vorliegenden Vertrage nicht frei gestanden habe, den Weitzen nach Gefallen, sondern nur, ihn wegen einer probewidrigen und zu leichten Beschaffenheit zu verwerfen. Es wurde daher mit den vorigen Richtern den Verkäufern auch noch der zweite oben erwähnte Beweis nachgelassen, daß der Weitzen zur Zeit des Besichts das versprochene Gewicht gehalten habe, indem, wie gedacht, die probemäßige Beschaffenheit desselben ausser Streit war.

12) S. d. vorige Abhandl. §. 1.

III.

Von Urkunden mit Interlineaturen und Zusätze am Rande.

---

§. 1.

In der Notar.-Ordn. v. J. 1512 findet sich bei Gelegenheit der schriftlichen Abfassung solcher Verträge, zu deren Substanz ein Scriptur gehört, die Vorschrift:

. . . . „So die Schrift vollkommen und erfüllt ist, so mag alsdann nichts mehr hinzugesetzt, davon gethan oder geändert werden, obgleich die Partheien das verwilligten.“ [1])

Hiemit soll es gewiß nicht den Parteien untersagt sein, einen solchen Vertrag zu verändern oder zu modificiren, sondern die Verordnung will es nur nicht gestatten, daß eine Veränderung der Art in der einmal ausgefertigten Urkunde selbst vorgenommen werde, was, da hier von dem Rechtsbestande der Urkunde der Rechtsbestand des ganzen Geschäfts abhängt, sehr zweckmäßig so verordnet ist. Allgemein aber wird es in einer andern Stelle den Notarien eingeschärft:

„Die Notarien sollen auch Aufsehen haben, wenn sie in Extendirung der Instrumenten radirten, sonderlich merklich und an verdächtlichen Orten, in einer oder mehr Zeilen, oder zwischen der Linien, oder auf das spatium heraus etwas setzen, davor sie sich, soviel müglich, hüten sollen, daß sie alsdann im Instrument oder ihrer Subscription davon Meldung und Befestigung thun, und sonderlich wann solche Interlineatur oder Schrift in spatio nicht von der Hand, die solch Instrument ingrossirt, geschehe.“ [2])

---

1) Not.-Ordn. v. J. 1512. §. 11. a. E.

2) Not.-Ordn. v. J. 1512. §. 18. Im Wesentlichen stimmt hiemit die hamb. Notariats-Ordn. vom 18. Dec. 1815. §. 8. lit. d. überein, wo es heißt: „Im Texte der von den Parteien und Notarien unterschriebenen Acte dürfen überall keine Rasuren, Ueberschreibungen und Abbreviaturen Statt haben; auch dürfen keine Durchstreichungen oder sonstige Aenderungen geschehen, wenn solches nicht am Rande deutlich bemerkt, und diese Bemerkung von sämmtlichen Parteien und Notarien oder Zeugen wenigstens durch die Anfangsbuchstaben ihres Zunamens unterzeichnet ist . . . .;“ so wie die brem. Notar.-Ordn. vom 9. Nov. 1820. §. 19—21.

§. 2.

Wird nun aber der Zusatz am Rande oder zwischen den Zeilen nicht auf die gedachte Weise beglaubigt, und wird er nicht durch solche Beglaubigung zu einem integrirenden Theile der Urkunde und ihm dadurch die gleiche Beweiskraft wie dieser beigelegt, so fehlt es in dem Gesetze selbst an einer Bestimmung über die rechtlichen Folgen, welche diese Unterlassung mit sich führen soll. Da jedoch die Vorschrift nicht prohibitiver, sondern nur präceptiver Natur ist, so kann bei einer Vernachlässiung derselben der nachgetragene Zusatz nicht unbedingt für nichtig angesehen werden, sondern es wird hiebei auf die näheren Umstände ankommen, und ein solcher Fall ganz nach allgemeineren rechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen sein. Ergeben sich nun die zwischengeschriebenen oder am Rande nachgetragenen Worte dem Zusammenhange der Urkunde nach als nothwendig, so kann es keinem Bedenken unterliegen, sie eben so gültig als die übrige Urkunde zu erachten; denn selbst, wenn solche Worte gänzlich fehlten, würde es dem Rechtsbestande des Geschäftes keinen Eintrag thun [3]). Ist dieses aber nicht der Fall, so kann der Zusatz oder die Interlineatur nicht schon an sich als ein integrirender Theil der Urkunde angesehen werden, weil es immer als etwas Ungewöhnliches und Unregelmäßiges erscheint, eine Scriptur in dieser Maaße aufzusetzen, und deshalb in der Form der Urkunde selbst kein Beweis dafür liegt, daß der oder die Aussteller auch jene unförmliche Einschiebsel gewollt haben. Hat daher die Interlineatur weiter nichts für sich, und existiren wohl gar bestimmte Gründe gegen die Aechtheit derselben, unterscheidet sie sich namentlich von dem übrigen Theile der Urkunde durch die Schriftzüge oder die Farbe der Dinte, so kann sie als nicht vorhanden angesehen werden [4]). Ganz besonders aber kann

---

3) l. 1. §. 5. D. de hered. instit. (28, 5.); l. 7. C. de testamentis (6, 23.); l. 10. C. de fideicomm. (6, 42.); coll. l. 92. D. de R. I. (50, 17.).

4) Klaproth vom ordentl. Proz. Th. 2. §. 234. (v. Trütschler) Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze Th. 1. S. 111. — Die brem. Notar.-Ordn. v. 9. Nov. 1820 macht dieses bei Notariatsurkunden zur Regel, indem sie im §. 22 vorschreibt: „Randbemerkungen und Zusätze, die nicht auf die vorgeschriebene Weise genehmigt sind (vergl. Note 2. a. E.), werden als nicht vorhanden betrachtet, und das etwa Durchgestrichene, so wie der übrige Inhalt der Urkunde, behält seine Gültigkeit.“ Diese für Notariatsurkunden, deren Glaubwürdigkeit zu erhalten man billig mehr, als gewöhnlich geschieht, besorgt sein sollte, nicht unangemessene Strenge dürfte übrigens bei bloßen Privaturkunden nicht in gleicher Maaße anzuwenden sein. Nach englischem Rechte macht eine Interlineatur, die eine Schuldverschreibung

die Interlineatur durch sich selbst keinen vollen Beweis liefern, wenn es auf das Datum der Disposition ankommt; denn da hier jedenfalls so viel klar ist, daß sie nachgetragen wurde, so fehlt es nun an jeder sichern Vermuthung darüber, wann dieses geschehen ist. Ergiebt sich übrigens aus andern Gründen die Aechtheit, und wo es darauf ankommt, die Zeitigkeit des Zusatzes, so muß demselben unbedenklich die gleiche Kraft, wie dem übrigen Theile der Urkunde beigelegt werden.

§. 3.

Wird nun in einem Rechtsstreite eine Urkunde producirt, die einen Zusatz am Rande oder zwischen den Zeilen hat, welcher sich nicht aus dem Zusammenhange der Urkunde selbst als nothwendig oder auf der andern Seite sofort als verwerflich darstellt, so muß nach gemeinem Rechte, wenn die Aechtheit desselben in Zweifel gezogen wird, darüber eine Beweisauflage gemacht werden. Fragt man nun, wen hiebei die Beweislast treffe, so müssen hierüber wieder die allgemeinen processualischen Grundsätze entscheiden, und dürfte daher die Regulirung der Beweislast zwar vor allen Dingen sich nach der größeren oder geringeren äußeren und inneren Wahrscheinlichkeit für oder wider die Aechtheit des Zusatzes bestimmen. Wenn aber diese Wahrscheinlichkeitsgründe auf keiner Seite ein entscheidendes Uebergewicht geben, so sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden. Der erste Hauptfall ist der, wo die Partei ihr Recht, sei es das Klagerecht oder eine Einrede auf die Urkunde überhaupt und namentlich auf dasjenige gründet, was in der Interlineatur enthalten ist. Dann trifft unbedenklich sie die Beweislast, denn hier hält sich der Gegner ganz in den Gränzen einer negativen Einlassung; und so wie der Beweisführer überhaupt die abgeleugnete, nicht schon anderswoher nachgewiesene Aechtheit einer Urkunde darzuthun hat, so liegt es ihm in jenem Falle auch ob, die bestrittene Aechtheit des Zusatzes, der, wenn auch die Aechtheit der Urkunde im Uebrigen dargethan oder eingeräumt sein sollte, daraus noch nicht hervorgeht, zu erweisen. —

§. 4.

Am 20. und 26. Juli 1811 übernahm der Schiffer Hoyer in Bremen die Bürgschaft für zwei von seinem Schwager ausgestellte

---

in einem wesentlichen Stücke alterirt, die ganze Urkunde nichtig, wenn diese Aenderung bei der Unterschrift oder Attestation nicht besonders bemerkt ist. Beawes lex mercatoria tit. of contracts pag. 409. ed. 2. Blackstone commentar. b. 2. ch. 20. nr. III. ed. 15. pag. 308. ibique et not. 5.

Obligationen, jede von 1000 Rthlr. Die Bürgschaftsverpflichtungen waren unter die Schuldverschreibung gesetzt, und von einem Notar, der auch die Unterschrift des Bürgen beglaubigt hatte, geschrieben, in beiden Acten aber war die Clausel „bei Verband meiner Habe und Güter" anscheinend von derselben Hand über der Linie befindlich, und nur durch Einschließungszeichen mit derselben verbunden, ohne daß gleichwohl dieser Interlineatur bei der Beglaubigung besonders gedacht wurde. Am 20. August 1811 wurde das französische Recht in den hanseatischen Departements eingeführt, und konnten nach diesem solche generelle Hypotheken nicht mehr constituirt, wohl aber zufolge einer transitorischen Verordnung ältere der Art durch eine innerhalb einer bestimmten Frist genommene, Inscription erhalten werden. Diese Form beobachtete der Gläubiger gehörig. Als aber der Bürge im Jahre 1820 fallirte, und sich nun noch eine Gläubigerin mit einer Hypothek vom Jahre 1812 meldete, die dem erstgedachten Gläubiger den Vorrang deshalb streitig machte, weil er die ihm gewordene Bestellung einer Hypothek vor der französischen Zeit durch die, der Urkunde eingefügte, Interlineatur nicht beweisen könne, so legte das Oberappellationsgericht am 10. Dec. 1823 diesem den Beweis auf; daß die in den Bürgschaftsacten des Cridars vom 20. und 26. Julius 1811 zwischengeschriebene hypothecarische Clausel unter Zustimmung des Cridars noch vor dem 20. August 1811, dem Tage der Einführung des französischen Rechts, eingetragen worden sey.

§. 5.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn Jemand seine Ansprüche auf die Unächtheit des Zusatzes gründet. Dieser Fall kann wieder auf doppelte Weise vorkommen, entweder so daß dieses einem Dritten gegenüber geschieht, der dabei gar kein Interesse hat, ob der Zusatz ächt oder unächt ist, oder so, daß die Gegenpartei ihrerseits die Aechtheit des Zusatzes geltend macht und daraus Rechte herleitet. In jenem Falle muß ohne Zweifel die Partei, welche die Unächtheit der am Rande oder zwischen den Linien nachgeschriebenen Worte behauptet, diese ihre Behauptung erweisen; denn es gehört das nicht bloß zum Fundament der Klage oder Einrede, und hat die Unächtheit des Zusatzes eben so wenig die Vermuthung für sich als die Aechtheit, sondern es kann auch dem Dritten nicht zugemuthet werden, hier statt des eigentlichen andern Interessenten und auf eine für denselben nicht einmal verbindliche Weise die Sache ins Klare zu stellen.

§. 6.

So wurde vom O.A.-Gerichte am 31. Oct. 1825 J. S. Bäckman c. Herrmann Lampe entschieden. Der Fall war hiebei folgender: die Eheleute Wessels hatten im Jahre 1805 mit ihrem Schwiegersohne Herrmann Lampe einen Erbvertrag errichtet, wodurch derselbe zum Anerben ihrer Meyerstelle und ihres gesammten Allodii constituirt, und dagegen mit mehreren Vermächtnissen beschwert wurde. Namentlich war eine, von ihrem älterlichen Vermögen gänzlich abgefundene Stieftochter des Wessels vorhanden, die zweimal, zuerst an Albert Dahlfuß und dann an Christoph Lampe verheirathet gewesen war, aus welchen beiden Ehen Kinder am Leben waren. Nun lautete das eine Vermächtniß zu Gunsten von „weiland Albert Dahlfuß (und Christoph Lampe) sämmtlicher Kinder," doch standen die hier eingeschlossenen Worte „und Christoph Lampe" über der Linie, und waren von dem Notar nicht speciell beglaubigt. Die Geschwister Dahlfuß klagten nun gegen den Vertragserben auf Auszahlung des ganzen Vermächtnisses, indem sie die Interlineatur wenigstens so lange als nicht geschrieben angesehen wissen wollten, bis der Beklagte die Aechtheit derselben dargethan haben werde. Dieser aber, welcher, wenn er den Rechtsbestand des Erbvertrages anerkannt hätte, leicht im Stande gewesen sein würde, aller Verlegenheit durch Bezahlung des Vermächtnisses in das gerichtliche Depositum oder durch Auszahlung desselben an die klagenden Legatare gegen Caution, ihn wider die Ansprüche des anderen Prätendenten zu vertreten [5]), zu entgehen, verlangte dagegen jetzt, wo er die Gültigkeit des Erbvertrages aus hier nicht weiter interessirenden Gründen bestritt, und es ihm daher darauf ankam, den Rechtsstreit nur mit einem gehörig legitimirten Gegner durchzuführen, daß die Kläger sich zuvörderst durch Darlegung der Unächtheit der Interlineatur als die alleinigen Legatare legitimiren sollten; und diesem Verlangen wurde nach den oben angegebenen Grundsätzen in allen Instanzen entsprochen.

§. 7.

Zweifelhafter ist der Fall, wenn der Kläger sich zur Begründung seines Klagrechts auf den übrigen Inhalt der Urkunde beruft und dabei den Zusatz als ungültig auf die Seite schiebt, der Beklagte dagegen auf die Aechtheit desselben eine Einrede gründet;

---

5) l. 8. §. 3. D. de legatis II. (31). Vergl. Abhandl. 14. §. 9—11.

z. B. wenn der in einer Interlineatur berufene Collegatar sich im Besitz der vermachten Sache befindet, und der im eigentlichen Contexte des letzten Willens eingesetzte Legatar ihn jetzt auf Herausgabe der ganzen Sache belangte. Hier ließe sich dafür, dem Beklagten den Beweis der Aechtheit des Zusatzes aufzuerlegen, nicht ohne Schein anführen, daß ein solcher Zusatz durch die Urkunde selbst an sich nicht erwiesen wird, und der Kläger eigentlich nur anticipirend die Aechtheit desselben in Abrede stellt, während es zur Begründung seiner Klage genügen dürfte, daß er sich auf den jedenfalls ächten Theil der Urkunde stützt; auch würde dem Kläger im Beweise der Unächtheit des Zusatzes der Beweis einer Negative auferlegt werden. Allein der letztere Umstand, dem im Allgemeinen wohl ein größerer Einfluß auf die Bestimmung der Beweislast einzuräumen sein möchte, als ihm jetzt gewöhnlich eingeräumt wird, kann hier um deshalb nicht in Betracht kommen, weil es nur auf die Nachweisung ankommt, daß der Zusatz zur Zeit der Vollziehung der Urkunde nicht beigefügt worden ist, was sich in der Regel eben so leicht als das positive Gegentheil hievon darthun läßt, und deshalb von dem erwiesen werden muß, den nach dem allgemeinen Prinzip die Beweislast trifft; und, wenn der Beklagte sich darauf berufen wollte, daß der Zusatz erst zu einer späteren Zeit mit Bewilligung der Interessenten nachgetragen worden sei, dieses als ein besonderes, das frühere theilweise wieder aufhebende Rechtsgeschäft von ihm erwiesen werden müßte. Eben so wenig aber kann der erstere Grund anders für entscheidend geachtet werden, als wenn noch erhebliche Momente gegen die Aechtheit der Interlineatur hinzukommen, z. B. dieselbe von einer anderen Hand mit anderer Dinte geschrieben ist u. dgl. m. Ist aber dieses nicht der Fall, so kann der Kläger den einmal vorhandenen, nach dem gemeinen Rechte keineswegs als nicht geschrieben anzusehenden, Zusatz nicht so behandeln, als wenn er gar nicht da stände; sondern er muß vermöge seiner Parteirolle die Ungewißheit, welche über der Aechtheit desselben obschwebt, entfernen, wenn er nicht die für solchen Fall geltende Regel zur Anwendung kommen lassen will, daß **actore non probante, qui convenitnr, obtinebit** [6]).

---

6) l. 4. C. de edendo (2, 1.).

IV.

Von der Verpflichtung verheiratheter Frauenzimmer als Handelsfrauen.

§. 1.

Es ist ein anerkannter Grundsatz, daß nicht bloß unverheirathete, sondern eben so gut auch verheirathete Frauenzimmer Handelsfrauen sein, und sich als solche durch Handelsgeschäfte eben so rechtsbeständig als Männer verpflichten können, ohne daß es hiebei der Zuziehung des Geschlechtsvormundes bedarf, wo diese auch sonst erforderlich ist. Allein zweifelhafter, und in den Gesetzen keinesweges auf gleichmäßige Weise entschieden, auch von den Schriftstellern durchaus nicht übereinstimmend beurtheilt ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen einer Ehefrau die Qualität einer Handelsfrau zukomme? Freilich, treibt nur sie Handel, ihr Ehemann nicht, oder steht sie einer von der ihres Ehemanns abgesonderten Handlung vor, so leidet die Sache keinen Anstand; aber wie, wenn sie neben ihrem Manne sich desselben Geschäfts annimmt? — Hier kommt es vor allen Dingen darauf an, ob die Eheleute mit einander in getrennten Güterverhältnissen nach Dotalrecht, oder ob sie in Gemeinschaft der Güter, dieses im weiteren Sinne des Worts genommen, leben.

§. 2.

Ist Ersteres der Fall, so muß man weiter unterscheiden, ob die Frau als Handelsgesellschafterin, oder ob sie nur als Gehülfin des Mannes sich der Geschäfte angenommen hat. In jenem Falle haftet sie ohne Zweifel als Handelsfrau, und zwar nach den bei der collectiven Societät, von der hier allein die Rede ist, geltenden Grundsätzen, nicht bloß aus den von ihr selbst, sondern auch aus den von ihrem Ehemanne eingegangenen Handelsgeschäften, denn dieses würde unbedenklich das Rechtsverhältniß sein, wenn sie mit einem Dritten in einer Handelssocietät stünde, und daß ihrem Gesellschafter zugleich die Qualität des Ehemannes beikommt, kann daran nichts ändern[1]). Ist hingegen die Frau bloß Gehülfin

1) Gail observat. ll. 90 nr. 5. Franck instit. iur. csmbial. lib. 1. sect. 1 tit. 9 th. 10. Ktdovci D. de muliere cambiante

ihres Mannes, so treffen sie auf keinen Fall die von diesem eingegangenen Verbindlichkeiten; aber auch aus den, von ihr selbst geschlossenen Geschäften haftet sie nicht als Handelsfrau, denn das ist nur das Weib, welches für eigene Rechnung Handel treibt; sondern nur insoweit, als der Factor aus den von ihm contrahirten Geschäften des Prinzipals gehalten ist [2]), und als zugleich die besonderen Formen beobachtet werden, welche nach den Gesetzen zur rechtsbeständigen Verpflichtung eines Frauenzimmers erforderlich sind. Denn gälte an dem Orte die Geschlechtsvormundschaft, so würde das Weib, welches ohne gehörige Autorisation ihres Vormundes zu dem einzelnen Geschäfte gehandelt hätte, gleich einem im Laden angestellten Pupillen [3]), zwar wohl ihren Ehemann als den Handelsherrn verpflichten, sich selbst aber nicht. Für eine sie persönlich verpflichtende Autorisation könnte aber die Zustimmung ihres Ehemannes zu dem Abschlusse des Geschäfts nicht gelten, weil es doch eigentlich sein Geschäft ist, und die Frau dafür auf solche Weise gewisser Maaßen intercediren würde, wozu der Ehemann selbst sie nicht gültig autorisiren kann.

§. 3.

Wenn übrigens die Frau als Handelsgesellschafterin ihres Mannes, und wann sie als bloße Gehülfin desselben anzusehen ist, das muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurtheilt werden. Das entscheidende Merkmal liegt aber in ihrer Theilnahme am Handelsgewinne oder Verluste; denn diese Theilnahme characterisirt sie ohne Zweifel als Gesellschafterin, so wie sie es umgekehrt

---

§. 2. (Besecke thesaur. iur. camb. Tom. 1 pag. 600). Lauterbach D. de iure in curia mercatorum usitato th. 50. Riccius exercit. iur. camb. ex. 5 sect. 2. §. 16, 23, 26, 55, 59, 61. Pardessus cours de droit commercial P. 1. tit. 2. th. 1, sect. 2. nr. 65. med. Tom. 1. pag. 315. ed. 3. Preuß. Landr. Thl. 2. Tit. 8. §. 495.

2) Nach gemeinem Rechte hat in solchem Falle der Dritte, wenigstens so lange der Factor noch seine Stelle bekleidet, die Wahl, ob er dem Prinzipal oder ob er den Factor in Anspruch nehmen will. l. 7. §. 1, l. ult. D. de institor. act. (14, 3). coll. l. 1. §. 16. 17. D. de exercit. act. (14. 1). Preuß. Landr. Thl. 2. Tit. 8. §. 541 546. Ob und in wie weit diese Klage gegen den Factor noch nach heutigem Rechte statthaft sey, wird künftig in einer besonderen Erörterung untersucht werden.

3) l. 7. §. 2. — l. 10. D. de instit. act. (14, 3) coll. l. 1. §. 16. D. de exercit. act. (14, 1) l. 7. §. 11. D. ad. SCt. Macedon. (14, 6). l. 23. D. de minoribus (4, 4). Duarenus ad. tit. Dig. de institor. act. cap. 3. in Opp. pag. 976, 7. Lauterbach colleg. lib. 14. tit. 3. §. 13—15.

als bloße Gehülfin des Mannes erscheinen lassen würde, wenn Letzterem der Gewinn allein zufließen und er den Verlust allein zu tragen haben sollte. Würde ihr nun aber auch der Ehemann zur Vergeltung für ihre Dienste Geschenke vom Handelsgewinne machen, ihr vielleicht ein bestimmtes Salair aussetzen, oder wohl gar ihr gleich einem commis intéressés einen aliquoten Theil vom Handelsgewinne bestimmen, so würde sie doch in allen diesen Fällen nicht als Handelsfrau anzusehen seyn. In den beiden ersten Fällen könnte sie so schon um deshalb nicht betrachtet werden, weil sie nicht direct an dem Ertrage des Handels Theil nimmt, und die zufällige Bereicherung daraus sie dem Dritten selbst aus dem Gesichtspuncte einer versio in rem, nicht verpflichtet, indem Letztere nur dann eine Klage gegen den Bereicherten begründet, wenn der andere Contrahent als Geschäftsführer des Bereicherten gehandelt hat. Zweifelhafter dürfte der zuletzt erwähnte Fall erscheinen, da eine wahre Societät mit der Bedingung eingegangen werden kann, daß der eine Gesellschafter nur am Gewinn Theil nehmen soll [4]); allein so unläugbar auch in solchem Falle zwischen den Gesellschaftern selbst ein Societätsverhältniß besteht, so können daraus Dritte doch keine Rechte gegen den bloß am Vortheil participirenden Gesellschafter ableiten, weil es gerade in dem Zwecke einer solchen Vereinbarung liegt, daß Letzterer dadurch nur berechtigt aber nicht verpflichtet werden soll. Er erscheint also nur als ein stiller Compagnon, gegen den Dritte keine directen Klagen haben [5]), und wenn er selbst für Rechnung der Handlung Geschäfte schließt, so thut er das nur als Agent derselben, nicht in seinem unmittelbaren Interesse, obwohl dieses dabei indirect in Frage kommt [6]).

---

4) l. 29. §. 1. D. pro socio (17,2).

5) v. Martens Grundriß des Handelsrechts §. 22. Delvincourt institutes de droit commercial. Tom. 2. pag. 51.

6) Daß ein solches Verfahren leicht zu Betrügereien gemißbraucht werden kann, leuchtet von selbst ein, und daß es auch namentlich früher in Frankreich häufig dazu gemißbraucht worden, ist eine bekannte Sache. (Locre esprit du Code de Commerce. Tom. 1. pag. 144—7.); und erscheint es daher zweckmäßig, dem stillen Compagnon alle Geschäftsführung für die Handlung zu untersagen, wie es der Code de comm. art. 27. gethan hat; allein ohne ein specielles gesetzliches Verbot kann es nicht für unerlaubt geachtet werden, daß er jene beiden Eigenschaften in sich vereinigt. Selbst in Frankreich nimmt man aber das, im Gesetze auch nur auf die bailleurs de fonds gestellte, angeführte Verbot nicht in der Ausdehnung, daß man keinen commis ou agent optionnaire ou intéressé duldete, oder ihn gleich einem associé en nom collectif für solidarisch verpflichtet erklärte, sondern man betrachtet eine solche Vereinbarung weniger, als eine Societät, wie als eine Gehaltsstipulation, was sie ihrem Zwecke, wenn gleich nicht ihrer Form nach, eigentlich auch nur ist. Vincens exposition rais-

Letzteres genügt aber nicht, um eine Frau zur Handelsfrau zu machen. — Auch das macht die Frau noch nicht zu einer Handelsgesellschafterin des Mannes, wenn von dem Ertrage des Handels die Kosten des Haushalts und überhaupt die Lasten der Ehe bestritten werden; denn, obwohl nach germanischem Rechte diese Lasten auf dem Vermögen beider Eheleute gemeinsam ruhen[7]), so gilt dieses doch nur, wo überhaupt das germanische Güterverhältniß zwischen Eheleuten zur Anwendung kommt; wo hingegen dieselben nach dem fremden Dotalrechte leben, da fallen auch die Lasten der Ehe dem Manne zu, und es kann daher daraus, daß derselbe dieser seiner Pflicht genügt, keine Verpflichtung der Frau gegen die Handelsgläubiger des Mannes erwachsen.

§. 4.

Ganz anders und viel zweifelhafter gestalten sich die Verhältnisse, wenn eine Ehefrau, die mit ihrem Manne in allgemeiner Gütergemeinschaft oder, was in dieser Beziehung ebenfalls genügt, doch wenigstens in Gemeinschaft der Errungenschaft lebt, oder deren Vermögen unter Verwaltung und Nießbrauch des Mannes steht, Handel treibt. Auch hier unterliegt das keinem Bedenken, daß, wenn die Frau einen abgesonderten Handel hat, sie aus den abgeschlossenen Handelsgeschäften als Handelsfrau verpflichtet wird, ohne daß es hiebei der Zustimmung ihres Ehemannes bedarf, und zwar, worin das eigentliche practische Interesse liegt, dergestalt, daß sie bei Verpflichtungen dieser Art die sonst den Weibern verliehenen Privilegien ntcht geltend machen, und der Ehemann sich nicht auf seine Rechte an dem Vermögen der Frau berufen darf, um die Execution in den derselben gestatteten Handelsfond zu hindern. Sie kann mithin gegen eine Intercession in Handelsangelegenheiten sich nicht auf das SCt. Velleianum berufen; sie ist wegen eines in solchen Geschäften ausgestellten, girirten oder accep-

---

sonnée de la législation commerciale Liv. IV. ch. 2. §. 14. Tom. 1. pag. 313, 4. Die entgegengesetzte Meinung vertheidigt PARDESSUS cours de droit commercial P. 4. lit. 2. ch. 2. sect. 1. nr. 1030 Tom. 4. pag. 115, 6; indem er selbst eine solche Vereinbarung für gesetzwidrig achtet; allein, selbst für den Fall, wenn der Commis sich mit einem kleinen erworbenen Kapital in der Handlung seines Principals interessirt, übrigens aber sich gegen Dritte fortwährend nur als Handlungsdiener gerirt, dürfte die Praxis jene Auslegung zu strenge finden; sie ist es aber, selbst nach den Gesetzen, schon dann, wenn der Commis gar keine Fonds einschießt, sondern mit dem Antheile am Handelsgewinne nur für seine Dienste bezahlt wird.

7) Hasse in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft B 4. S. 67, 68.

tirten Wechsels der vollen Strenge des Wechselprozesses unterworfen, und kann überhaupt wegen ihrer Handelsverbindlichkeiten mit Schuldarrest belegt werden, wo dieser auch sonst bei Weibern keine Anwendung findet. So ordnen es selbst diejenigen Rechte, die am wenigsten geneigt sind, verheirathete Frauen als Handelsfrauen zu behandeln [8]). Und, wenn das preußische Landrecht vorschreibt:

„Die Verheirathung einer Frauensperson, welche Eigenthümerin einer Handlung ist, ändert ihre Rechte und Verbindlichkeiten, in Absicht der Handlung und deren Betriebes, an und für sich nicht ab [9]);"

so ist diese Vorschrift unbedenklich als eine des allgemeinen Handelsrechtes anzusehen; und es kann erst dann die Frage entstehen, ob sich nicht die Rechtsverhältnisse geändert haben, wenn von jetzt an die Handlung auf dem Namen oder unter Mitwirkung des Ehemannes betrieben wird.

§. 5.

Der schwierige Fall ist nämlich der, wenn die Ehefrau neben ihrem Manne an den Geschäften derselben Handlung Theil nimmt, und zwar wie hier immer vorausgesetzt wird, gewerbsmäßig Theil nimmt, denn sollte die Frau blos das eine oder das andere Mal ein Handelsgeschäft vornehmen, so ertheilt ihr das unter keinen Umständen die Qualität einer Handelsfrau [10]). Betreibt nun aber

---

8) In der Stadt Cöllen alten Recht und Bürgerfreiheiten (nicht, wie Bender im Handelsrechte Bd. 1. §. 37. Not. e irrig anführt, in dem Cöllner Stadtrechte von 1437) Art. 37. med. pag. 61. heißt es: „Item Mann und Weib die zusammensitzen, als Eheleut, da dann der Mann sein besonder Kauffmannschaft treibt, und handthiert, desgleichen auch das Weib .... In der leipz. Wechs. Ordn. v. 1682 §. 2. wird verordnet, daß wider die Frauenzimmer, welche Kaufmannschaft treiben, nach dem Wechselstyl verfahren werden soll; es wird aber dabei, so viel die Eheweiber betrifft, ausdrücklich verlangt, daß sie vor sich, ohne ihren Ehemann absonderliche Handlung führen. Siegel Corpus iuris cambialis Thl. 1. S. 4. Vgl. die am 8. April 1674 erlassene Declaration des leipziger Markt-Rescripts vom 25. Juli 1621 im Cod. August. B. 2. col. 2019. Ludovici D. de muliere cambiante §. 9—19. (Besecke thes. iur. camb. Tom. 1. pag. 602—7). — Auch das französische Recht achtet nur das verheirathete Frauenzimmer für eine Handelsfrau, welches einen separaten Handel hat. Code civil art. 220; Code de Com. art. 5. coll. Code civil art. 1431. Vincens l. c. Tom. 1. pag. 230, 1; Pardessus l. c. P. 1. tit. 2. ch. 1. sect. 2. nr. 65. Tom. 1. pag. 314—6. coll. P. 5. tit. 1. ch. sect. 2. nr. 1222—6 Tom. 4. pag. 410—7.

9) Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 494.

10) Ludovici D. not. 1. cit. §. 2. (Besecke Tom. 1. pag. 599—600). Riccius exercit, iur. camb. ex. 5. sect 2. §. 27. Mantzel

die Ehefrau die Handelsgeschäfte regelmäßig mit ihrem Manne, so läßt sich von dem hier eintretenden Verhältnisse möglicher Weise eine doppelte Ansicht fassen. Entweder man betrachtet den Mann als das Haupt der Ehe, so daß er in allen rechtlichen Beziehungen, die das Ehepaar betreffen, als der Prinzipal-Berechtigte- oder Verpflichtete erscheint, — dann wird wenigstens im Zweifel die Theilnahme der Frau an den Handelsgeschäften nur als eine untergeordnete, nur als eine Hülfe, die sie dem Manne leistet, anzusehen seyn. Oder aber, man geht davon aus, daß die Frau eben so gut wie der Mann ein selbstständiges Rechtssubject sei, und zieht dabei in Erwägung, daß, wo wahre Gütergemeinschaft besteht, vermöge dieser Gewinn und Verlust aus dem Handel beide Eheleute, den Einen wie den Andern treffen, — so wird man geneigt seyn anzunehmen, daß die Frau, welche die Handelsgeschäfte mit betreibt, solches unmittelbar in ihrem eigenen Interesse thue, mithin daraus wie eine Handelsfrau verpflichtet werde. In den Particularrechten findet sich bald die eine, bald die andere Ansicht aufgestellt; noch häufiger aber ist der Punkt gar nicht entschieden, und da entsteht die Frage, welche von jenen Ansichten als die richtigere vorzuziehen sei? Es dürfte aber diese Frage nicht unbedingt, sondern anders zu entscheiden seyn, wenn an dem Wohnorte der Eheleute eine eheliche Vormundschaft gilt, anders, wenn dort die Ehefrau sui iuris ist.

§. 6.

Ist, wie dieses in dem Begriffe des früherhin in Deutschland allgemeinen ehelichen mundii lag, die Frau für ihre Person und mit ihrem Vermögen der cura maritalis des Mannes untergeordnet [11]); so ist es die Regel, daß sie ohne ihren Ehemann als ihren rechten Vormund nichts, als etwa zu des Hauses Nothdurft,

---

D. de fœmina mercatrice, thes. VI. nr. I. (ap. Gesterding thesaur. iur. Lübec. Tom. 2. pag. 648).

11) L. Burgund. addit. 1. tit. 13: „Quaecunque mulier Burgundia vel Romana (in diesem Stücke sollten auch die Römer sich der deutschen Sitte fügen) voluntate sua ad maritum ambulaverit, iubemus ut maritus ipse (add. de, Walter Corp. iur. German. T. 1. p. 347) facultate ipsius mulieris, sicut in eam habet potestatem, ita et de rebus suis habeat.“ Urk. v. J. 1131.... „per manum mariti sui, in cuius mundiburdio ipsa et bona eius habebantur“, in de Gudenus Codex diplom. Tom. 1. pag. 98. Sachs. Sp. Bd. 1. Art. 31, 45. Schwab. Sp. Kap. 263. §. 1, 2.; Kap. 313. §. 1. ed. Senkenberg. — Eichhorn d. St. u. R. Geschichte. B. 1. §. 54. a. E. u. Note h. S. 150 u. 153 d. 2. Ausg. Hasse l. c. not. 7. cit. S. 68 — 71, vgl. mit den Heidelb. Jahrb. v. J. 1823 B. 1. S. 111—115.

beständiglich contrahiren, sich ohne denselben gar nicht rechtsgültig verpflichten kann[12]). Machen nun auch Gesetz oder Herkommen hievon bei der Handelsfrau eine Ausnahme, so muß diese doch immer als solche stricte genommen, und auf Fälle beschränkt werden, in welchen die Frau gar nicht anders als wie selbstständig Handel treibend angesehen werden, und sich, ohne Treue und Glauben zu verletzen, nicht hinterdrein für eine bloße Gehülfin ihres Mannes ausgeben kann. Thut sie nun aber nichts weiter, als daß sie der Handlung neben ihrem Manne vorsteht, gleich ihm im Laden einkauft und verkauft, Zahlungen annimmt und darüber quittirt, so ist das noch keinesweges der Fall; denn alle diese Geschäfte kann eben so gut der Factor oder der Handlungsgehülfe, als wie der eigentliche socius vornehmen; und der Dritte, der mit dem Weibe contrahirt, muß es präsumiren, daß sie in dieser letzteren Qualität handle, wenn gleich sie dieselbe im Handel sich nicht ausdrücklich beilegt, weil sie in der Regel selbstständig ohne specielle Autorisation ihres Ehemannes gar nicht contrahiren darf, und weil insonderheit bei bestehendem usus fructus maritalis im Zweifel aller Verdienst während der Ehe dem Manne zufällt, und weil es zugleich das factisch Gewöhnlichere ist, daß die Frau nur als Gehülfin des Mannes handelt[13]). So ordnen es auch namentlich das französische Recht[14]), und das preußische Landrecht[15]). Auch läßt

---

12) Siehe die in der vorhergehenden Note angeführten Stellen des Sachsen- und Schwaben-Spiegels. Lübisches Recht im Cod. v. 1235. art. 34. (ap. de Westphalen monum. ined. Tom. 3. col. 624.); v. 1240. Art. 21. (ibid. col. 642); im Cod. Brock. I. Art. 22; II. 6; III. 345. (im Appendix zu dessen selectae observat. forenses). Rev. Lib. I. tit. 10. art. 1; III. 6. art. 13. Hamburg. Statut. v. 1270 IX. 13; v. 1292. M. 10; v. 1487. L. 6. (in Anderson hamburg. Privatrechte B. 1; wonach die älteren hamburg. Statuten in diesem Buche stets citirt werden); v. 1603. P. 2. tit. 6. art. 2; lit. 8. art. 1; P. 3. tit. 1. art. 13. u. 14; tit. 6. art. 9. u. 21. Dat rigische Recht P. 1. art. 11. (Ausg. v. Oelrichs S. 6, 7.)

13) Riccius exercit. iur. camb. exerc. 5. sect. 2. §. 26. pag. 78. Mantzel l. c. thes. V. nr. I. u. th. XXIII. (Gesterding II. 648 u. 671). Strecker D. de iis qui a nexu cambiorum vel iuris cambialis rigore sunt exemti §. 17. (Besecke thesaur. iur. camb. Tom. 1. pag. 650). Franck instit. iur. camb. lib. 1. sect. 1. tit. 9. th. 10. Rebhan D. de uxore mercatrice §. 48. 49. Lauterbach de iure in curia mercatorum usitato th. 49. Mevius ad Jus Lub. III. 6. art. 21. nr. 41. Leyser medit. ad. ff. sp. 171. med. 5 Schröter vermischte Abhandlungen Sh. 1. S. 64. ff. Bender deutsches Handelsrecht B. 1. §. 38. nr. 1. S. 91.

14) Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que detailler les marchandises du commerce de son mari. Code civ. art. 220; Code de Comm. art. 5.

15) Preuß. Landr. II. 8. §. 469: „Die Ehefrau eines Kaufmanns,

sich hiegegen nicht einwenden, daß, wo eigentliche Gütergemeinschaft besteht die Frau ein eigenes Interesse bei den Handelsgeschäften hat, und sie deshalb als für eigene Rechnung handelnd angesehen werden müsse. Denn, wenn auch Jemand wegen eines anderweitigen Verhältnisses, wie hier wegen der Gütergemeinschaft, bei einem Handelsgeschäfte interessirt ist, so haftet er deshalb doch noch nicht dem Dritten, wenigstens nicht direct, wenn er sich nicht diesem gegenüber als der Handelsherr gerirte; was hier gezeigter Maaßen die Vermuthung wider sich hat.

§. 7.

Da nun auch die Ehefrau durch die Gütergemeinschaft oder durch das dem Ehemann vermöge seines mundii über ihr Vermögen zustehende Dispositionsrecht schon ohnehin zur Bezahlung der Handelsschulden des Mannes verpflichtet ist, und deshalb ein weit geringeres practisches Bedürfniß, sie noch ausserdem persönlich als Handelsfrau zu verpflichten, vorhanden ist, als da, wo der Mann das eigenthümliche Vermögen der Frau mit Schulden nicht beschweren kann; so hat die Bestimmung mancher Rechte, daß die handeltreibende Ehefrau nur dann für eine Handelsfrau gelten solle, wenn sie separirte Geschäfte macht, von der legislativen Seite gewiß sehr vieles für sich. Ohne ein besonderes Gesetz läßt sich aber hierauf der Begriff einer verheiratheten Handelsfrau nicht beschränken; denn die Verpflichtung derselben ist immer noch eine viel strengere, als die der Ehefrau eines Handelsmannes, welche mit demselben in Gütergemeinschaft lebt; und wo es namentlich der Letzteren gestattet wird, durch eine Entschlagung der Gemeinschaft sich das ihr künftig anfallende Vermögen zu sichern, da würde ihr solche Entschlagung diesen Vortheil nicht gewähren können, wenn sie ausser als Ehefrau auch noch als Handelsgesellschafterin ihres Mannes angesehen werden könnte. Hat sie daher auf unzweideutige Weise sich als solche gerirt, so muß sie auch als Handelsfrau haften. Am sichersten zeigt sie als solche sich nun freilich dadurch, wenn ihr Name mit in die Firma aufgenommen, oder wenn, wie das preußische Landrecht dieses erfordert, den Handelsfreunden bekannt gemacht wird, daß sie der Handlung mit vorstehen solle[16]); allein, da nach allgemeinen Grundsätzen eine Handelssocietät gleich jeder andern Societät, auch durch bloße, ausdrückliche oder selbst still-

---

welche dem Manne in seinen Geschäften bloß hülfreiche Hand leistet, ist selbst an Orten, wo Gemeinschaft der Güter unter ihnen obwaltet, für eine Kaufmannschaft treibende Frauensperson noch nicht zu achten." —

16) Preuß. Landr. a. a. O. §. 495.

schweigende Uebereinkunft zwischen den Gesellschaftern constituirt werden kann, so muß, wo keine besonderen Gesetze im Wege stehen, auch die Ehefrau für eine Handelsgesellschafterin des Mannes geachtet werden, bei der es aus den Umständen sich klar an den Tag legt, daß sie neben ihrem Manne als selbstständige Vorsteherin der Geschäfte gehandelt hat[17]).

§. 8.

Einzelne entscheidende Merkmale hiefür lassen sich schwerlich aufstellen, denn sollte auch die Frau an der Buchführung Theil genommen, einzelne Wechsel, kraft besonderen Auftrages oder aus besonderen Veranlassungen, unterzeichnet, oder ähnliche Geschäfte vorgenommen haben, so sind das Dinge, die auch der Factor oder der bloße Handelsgehülfe verrichten kann. Es kommt vielmehr auf die Art und Weise an, wie sie im Ganzen sich der Geschäftsführung annimmt. Beschränkt sie sich nicht darauf, den kleinen Vertrieb zu besorgen, sondern acceptirt und indossirt sie auch in Anwesenheit des Mannes die Wechsel, schließt sie ohne specielle Rücksprache mit demselben selbst die bedeutenderen Ankäufe und Verkäufe, zeigt sie sich in den Verhältnissen ihres Gewerbes wohl gar als die bewandertere, und als die Seele der Geschäfte, so wird in dem Publikum kein Zweifel darüber obwalten, daß sie der eigentliche Chef, wenigstens eben so gut Chef der Handlung sei, als wie der Ehemann; und wird dann auch der Richter keinen Anstand nehmen dürfen, sie als Handelsfrau anzuerkennen, und als solche für verpflichtet zu erklären. Dieses muß selbst dann geschehen, wenn auch die Handlung auf dem alleinigen Namen des Mannes betrieben wird; denn es kann Jemand sehr wohl wahrer Handelsgesellschafter seyn, ohne daß sein Name mit in der Firma zu stehen braucht; obgleich man so viel zugeben muß, daß hiefür stringentere Beweise erforderlich sind, wenn die Firma bloß aus dem Namen eines lebenden Handelschefs gebildet, oder wenn wohl gar eine bisher von der Frau geführte Firma bei ihrer Verheirathung nach dem Namen ihres neuen Ehemannes umgeändert worden ist.

§. 9.

Diese Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgendem Falle in Erwägung. Catharina Margaretha Schuldt in Hamburg war successive an Elfers, Hüsing und zuletzt an Lorenz Ahrens verheirathet. In den verschiedenen Ehen und Witwenschaften hatte sie respective mit ihren Ehemännern und allein einen

17) Cf. Mantzel l. not. 10. cit. §. 23. (Gesterding l. c. pag. 671, 2.)

Weinhandel und eine Weinwirthschaft geführt, und zwar zuletzt das Gewerbe auf dem Namen ihres dritten Ehemannes Ahrens betrieben worden. Im Januar 1819 stellte nun Ahrens auf sich selbst und an seine eigene Order zwei Wechsel aus, die er demnächst an seine eigene Ehefrau, und diese ohne Mitunterschrift ihres Ehemannes weiter an J. A. V. Steinmetz indossirte. Noch vor dem Verfall der Wechsel mußte Ahrens sich insolvent erklären, und da seine Ehe noch nicht fünf Jahre gedauert hatte, auch er bereits vor Eingehung der Ehe verschuldet gewesen war, so zog seine Ehefrau ihre Illaten aus der Masse zurück[18]), jene Wechselforderungen aber gingen leer aus. Deshalb nahm nun Steinmetz die unterdessen wieder zur Wittwe gewordene Ehefrau aus ihren Indossamenten in Anspruch, indem er sich besonders darauf stützte, daß sie sich durch das Giriren dieser Wechsel als Handelsfrau gerirt habe, auch notorisch in allen ihren verschiedenen Qualitäten Handelsfrau en gros und en detail gewesen sey. Dagegen stellte aber die Beklagte in Abrede, zu der Zeit Handelsfrau gewesen zu seyn, und berief sich hiebei noch darauf, daß sie damals gar kein getrenntes Vermögen gehabt habe. Es erachtete aber das Oberappellationsgericht, aus den oben entwickelten Gründen, daß aus dem, vom Kläger geltend gemachten Umstande des Giro der beiden Wechsel eben so wenig mit Sicherheit hervor gehe, daß die Beklagte eine Handelsfrau, als aus den von ihr urgirten, daß sie keine Handelsfrau gewesen sey, daß ferner die Zustimmung des Ehemannes zu dem Indossiren dieser Wechsel, wenn sie auch nachgewiesen werden könnte, sie nach dem im §. 2. Bemerkten nicht verpflichten würde, insofern sie nicht Handelsfrau war, wo es dann aber dieser Zustimmung gar nicht bedurfte; und es legte daher am 22. October 1821 dem Kläger annoch den Beweis auf, daß die Beklagte zur Zeit der Indossirung der eingeklagten Wechsel eine Kauffrau gewesen sey, indem ihm durch die generelle Fassung des Beweissatzes die Gelegenheit eröffnet werden sollte, bei seiner Beweisführung alle Momente zu benutzen, woraus auf die von ihm behauptete Qualität der Beklagten geschlossen werden könnte.

§. 10.

Wenn hingegen die Eheleute zwar in einer Gütergemeinschaft stehen, aber keine cura maritalis statt findet, so gestalten sich die Verhältnisse etwas anders. Da nämlich unter dieser Voraussetzung das Weib sich selbst, ohne Zuziehung ihres Ehemannes, schon im

---

18) Nach der Vorschrift der hamburg. neuen Falliten-Ordnung Art. 30.

Allgemeinen gültig verpflichten kann, so braucht der Dritte, der mit ihr contrahirt, nicht ängstlich darnach zu forschen, ob ihr auch die Qualität einer selbstständigen Handelsfrau beikomme, sondern er geht in der Regel völlig sicher, wenn er sich nur davon überzeugt, daß sie im eigenen Namen contrahirt. Nun muß aber der Natur der Sache nach jeder Vortrag als für den Contrahenten selbst abgeschlossen angesehen werden, wenn er nicht entweder selbst ausdrücklich erklärt, ihn Namens eines Dritten einzugehen, oder doch solches aus den Verhältnissen von selbst einleuchtet. Wenn daher die Ehefrau neben ihrem Manne sich der Handelsgeschäfte annimmt, und es zweifelhaft ist, in welcher Eigenschaft sie dieses thut, so kann der Dritte aus den Verträgen, die sie selbst geschlossen hat, ohne dabei ihren Ehemann als den eigentlichen Interessirten zu nennen, sie ohne Weiteres in Anspruch nehmen, braucht sich dabei gar nicht an jenen verweisen zu lassen, und wo sie auch vermöge ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung nur Namens ihres Ehemannes handelte, da müßte sie dem Dritten deshalb doch immer als ein Factor Rede stehen. Nun läßt es sich aber nicht verkennen, daß im einzelnen Falle leicht darüber Zweifel entstehen können, in welcher Maaße die Frau contrahirt hat, und daß dieses leicht zu Betrügereien und Chikanen gemißbraucht werden kann; zumal, wenn solche Verhältnisse, wie Interceſſionen und Wechselverbindlichkeiten in Frage stehen, wobei nach den gemeinen und nach den Particularrechten die Frauenzimmer, welche keine eigentlichen Handelsfrauen sind, sich in der Regel entweder gar nicht oder doch nicht so bündig als Männer verpflichten können.

§. 11.

Um nun dem zu begegnen, ist in vielen statutarischen Rechten, namentlich des südlichen Deutschlands, wo die eheliche Vormundschaft viel weniger verbreitet ist, als in den Ländern des sächsischen Rechts, sehr zweckmäßig vorgeschrieben, daß, wenn nur de facto die Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Manne einen Handel oder ein ähnliches Gewerbe betreibt, sie in Beziehung auf alle dieses Gewerbe betreffenden Rechtsverhältnisse als eine Handelsfrau gehalten sein, und der sonstigen Privilegien der Weiber nicht genießen soll[19]). Unter den hierher gehörigen, noch jetzt geltenden

19) S. z. B. die Nassau-Katzenellenbogische Landordnung Th. 4. Kap. 15. §. 4. Churpfälzisches Landrecht Th. 4. Tit. 17. §. 4. Landrecht von Baden und Hochberg Th. 6. Tit. 12. §. 1. Eine straßburger Verordn. vom 1. Oct. 1512 schrieb vor, es sollten alle die Weiber für Marktfrauen gehalten und zu erkennen seyn, „die für sich selbst oder neben und mit ihren Männern in und ausserhalb der Stadt Straß-

Partikularrechten, ist unstreitig das frankfurtische das wichtigste, und spricht sich darin Zweck und Veranlassung der Vorschrift sehr deutlich aus. In Frankfurt besteht, so wie überhaupt keine Geschlechtsvormundschaft, so auch insbesondere keine eheliche Vogtschaft; die Eheleute stehen aber während der Ehe, wenn nicht durch Ehepacten etwas Anderes festgesetzt ist, rücksichtlich ihres Vermögens in dem Verhältnisse, daß Jedem seine Illaten so wie Erbschaften und Schenkungen während der Ehe zum besondern Eigenthum verbleiben, daß aber dieselben dem Gebrauche nach beiden Eheleuten unterdessen gemeinschaftlich sind [20]), daß deshalb Keines von ihnen ohne Einwilligung des Andern seine Liegenschaften veräussern darf [21]), und, daß die eheliche Errungenschaft ihnen in der Regel gemeinschaftlich ist [22]). Bei dem Tode des einen Ehegatten behält

---

burg... auf Markt- und Meßtagen feil haben, und die Waaren sammthaft oder stückweise ein- oder ferkauffen." Riccius exercit. iur. cambial. ex. V. sect. 2. §. 16. in fin. pag. 74. In der fränkischen Landgerichtsordn. Th. 3. Tit. 104. §. 6. war verordnet: „Wo auch Man und Weib gemeine Handthierung und Gewerb mit Kauffen und Verkauffen trieben, als Gewand-Schneider Krämer und dergleichen, auch offene Gastgeber oder Wirth, die fremde Gäst hauseten und herberigten, in solchen Fällen sollen beyde Eheleuth, die dessen wegen gemachte Schulden zugleich unverscheidentlich bezahlen." Die Reformation der Stadt Nürnberg endlich enthält folgende Bestimmung: „Gewandschneider und Krämer, die zu Krame, Gewölbe oder Laden sitzen, und gemeyns Kauffens oder Verkauffens warten; auch Wechsler und offne Gastgeber, die dann gemeynlich pflegen frömde Gäst, die ye zuzeytten auß und eyn reyten und ziehen zehalten, und auch die zu offen Kram und Marckt sitzen oder pflegen zehandeln, und da Man und Weyb ire Keuff und Handthierung zu gemeynem und ir beder Gewerbe und Narung fürnemen; in sollichen und dergleychen Velle, auff Erkentnuß des Rechten, so Speen darinnen entstunden, sollen Man und Weyb bedersеyt zebezalen verpflicht sein. Doch also, daß die Fraw an sollicher gemeyner Handthierung mit irem Man gleychen Gewin nehme and entphahe." Nürnb. Reform. v. J. 1498 Tit. 12. lex. 5; v. 1503. eod. loco; revid. Reform. Lib. VI. tit. 28. Die Schlußworte beschränken übrigens nicht die voranstehende Disposition, sondern wollen nur sagen, daß in dem erwähnten Falle, wo die Frau mit zahlen muß, sie auch Theil am Gewinne haben solle. — Vgl. SCHNEIDER (praes. LYNCKER) D. de acquisitione coniugali ad P. V. tit. 5. ref. Francof. Jenae 1695. §. 19. (ap. SENCKENBERG selecta iur. et histor. Tom. 1. pag. 463—6.)

20) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 5. §. 1. Th. 5. Tit. 5. §. 8.

21) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 4. coll. Th. 2. Tit. 3. §. 12—15; Th. 3. Tit. 6. coll. alte Reformat. fol. 21. pag. 2. fol. 26. pag. 1. Vergl. v. Adlerflycht Privatrecht der freien Stadt Frankfurt B. 2. §. 175 nr. 5. §. 280. nr. 1.

22) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 1. 2. coll. alte Reformat. fol. 23. pag. 2. §. 1. v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. §. 280 nr. 2. §. 282.

nun aber der Ueberlebende nicht blos freies Eigenthum und freie Disposition an seinem bisherigen privativen Vermögen, so wie den lebenslänglichen Beisaß oder Nießbrauch an den Liegenschaften des Verstorbenen, sondern er erhält auch, je nachdem die Ehe unbeerbt oder beerbt ist, entweder das ganze oder das halbe Mobiliarvermögen desselben, und die ganze oder halbe Errungenschaft eigenthümlich[23]). Nimmt er diese Vortheile aus dem Nachlasse des Verstorbenen an, so muß er auch dessen Schulden zum vollen bezahlen[24]). Er kann aber auf dieselben ganz oder theilweise verzichten, und dann braucht er im ersteren Falle zu den Separatsschulden des Verstorbenen gar nichts, im letzteren aber nur nach Verhältniß des angenommenen Vortheils zu der übrigen Erbmasse beizutragen[25]). Dieses Separationsrecht steht übrigens der Frau auch dann zu, wenn der Mann in Concours geräth[26]). Es

---

23) Frankf. Reformat. Th. 5. Tit. 4. §. 3 — 5. Tit. 5. §. 9. 10. coll. alte Reformat. fol. 22. §. 3. 4. fol. 23. pag. 2. §. 1—3. fol. 24. pag. 1. §. 4 — 6. v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. §. 281.

24) Alte Reformat. fol. 22. §. 6. fol. 25. §. 1. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 2. Dabei wird nur darüber gestritten, ob der Ehegatte seines Beisesses wegen allein die Schulden bezahlen, oder ob die Erben, denen das Eigenthum anfällt, dazu contribuiren müssen. Im Sinne der Reformation, besonders der alten, dürfte das Erste liegen, und so hat man es auch in der ältern frankfurtischen Praxis angesehen; die spätere Praxis aber hat sich entschieden für das Letztere erklärt; und deutet man darauf auch den erst in der Reformation vom Jahre 1611. hinzugekommenen Zusatz, Th. 3. Tit. 7. §. 22. Orth Anmerk. z. frankf. Reform. S. 575—88, 752—61; und 2te Forts. S. 183. 4. v. Adlerflycht a. a. O. §. 285.

25) Alte Reformat. fol. 23. §. 7. fol. 25. §. 1. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 1—10. coll. Th. 5. Tit. 4. §. 8. Tit. 5. §. 11. Orth l. c. 2te Forts. S. 66—86; 577, 8. v. Adlerflycht a. a. O. §. 286. Das Gesetz verpflichtet den überlebenden Ehegatten, der die Schulden des Verstorbenen nicht bezahlen will, nur zum Verzicht auf den Beisseß an den Liegenschaften, und auf den Mobiliarnachlaß des Verstorbenen; nicht aber auf die Errungenschaft, — obwohl eine solche, der besonderen Schulden des defunctus ohngeachtet den Umständen nach vorhanden sein kann; — und könnte es daher sehr in Frage kommen, ob nicht der überlebende Ehegatte dieselbe, wenn auch nicht ganz (Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 11), doch wenigstens zu seiner eigenen Hälfte behalten dürfe. (Vergl. Orth Anmerk. S. 584 und 2te Forts. S. 74—8). Herr v. Adlerflycht a. a. O. §. 286. S. 487, 8. behauptet, in der Praxis verlange man jetzt von dem renuntiirenden Ehegatten sogar einen Verzicht auf die eigene Hälfte der Errungenschaft; es dürfte aber die Richtigkeit dieser Behauptung in der Allgemeinheit, wenigstens nach der Theorie, wohl zu bezweifeln sein. — Die Sache bedarf jedoch einer besonderen Erörterung; für den Zweck der gegenwärtigen Abhandlung genügt es, auf den Punkt aufmerksam gemacht zu haben.

26) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 21.

sind das aber nur die Vermögensverhältnisse der Eheleute, so wie sie gewöhnlich eintreten.

§. 12.

Ganz anders gestalten sich dieselben bei Handelsleuten und bei Handwerkern. Letztere, die uns hier nicht weiter interessiren, haften bei Schulden ihres Handwerks, wenn sie auch nur der Eine contrahirt hat, solidarisch, ohne daß dem Andern dabei eine Separation gestattet wird [27]). Bei den Handelsleuten hingegen, denen in dieser Hinsicht die Gast- und Weinwirthe gleich gestellt sind, kommt es darauf an, ob beide Eheleute an der Führung des Handels Theil nehmen, oder ob nur eines derselben dieses thut. Im letzteren Falle haftet nur dieser allein für die Handelsschulden [28]); es gehört ihm aber auch nach dem Gesetze die Errungenschaft, die in diesem Separathandel gewonnen ist, allein [29]), und es ist das erst in der neueren, aber noch nicht unbestrittenen Praxis dahin modificirt worden, daß, wenn die Frau oder deren Kinder nach getrennter Ehe auch auf diese Errungenschaft Ansprüche machen, sie, meist ohne Schwierigkeit, dazu admittirt werden, wenn sie auch nicht zu beweisen vermögen, daß die Ehefrau thätigen Antheil an den Handelsgeschäften des Mannes genommen habe, und daß der Mann oder respective dessen Erben sie hievon nur dann ausschließen können, wenn sie den Beweis übernehmen, daß das Gewerbe von dem Manne ausdrücklich als sein alleiniges für seine besondere Rechnung geführt worden sei [30]). Nehmen hingegen beide Eheleute an der Betreibung der Handelsgeschäfte Theil, so ist auch Gewinn und Verlust ihnen gemeinschaftlich [31]), und es kann sich kein Theil durch einen Verzicht auf die statutarische Portion von der solidarischen Verbindlichkeit zur Bezahlung der Schulden frei machen, und wird er zur Separation seines eigenen Vermögens durchaus nicht zugelassen. Die Reformation, nachdem sie die Grundsätze für

---

27) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 20. Th. 5. Tit. 5. §. 6. coll. alte Reformat. fol. 24. §. 10.

28) Alte Reformat. fol. 25. §. 6. coll. §. 7. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 18. coll. §. 19.

29) Alte Reformat. fol. 24. §. 10. Neue Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 5.

30) Orth Anmerk. S. 38. 2te Forts. S. 117—9; 120, 1; 565—8; 690—708. v. Adlerflycht a. a. O. §. 284. B. 2. S. 480, 1.

31) Alte Reformat fol. 23. §. 1. Neue Reformat. Th. 5. Tit. 5. §. 2.

die erwähnte Renunciation und Separation, wie sie in gewöhnlichen Fällen gelten sollen, aufgestellt hat, fügt hinzu [32]):

> . . . Solchs wöllen Wir gemeint, auch verstanden haben, allein von solchen Eheleuthen, so gar keine Kauffhändel, Handthierung [33]), noch andere Gewerb, als offene Wirthschafften, Herbergen, und Weinschänke treiben.
>
> Dann dieweil in Kauffhändeln und Krämereyen, da zwei Eheleuth einen gemeinen Handel treiben, und die Haußfrauw so wol als der Mann im Gaden, oder offenem Kram sitzet, kaufft, und verkaufft, Gelt einnimpt, und außgibt, das Register helt, und dergleichen übet; also auch mit denen Eheleuten, so öffentlich Wirthschafft, oder Herberg, oder einen gemeinen Weinschanck halten, schwärlich ist, solche Absönderung und Abtheilung der Güter zu thun: Damit dann diejenigen, so mit ihnen handeln, auch andere, so ihnen ihr Gelt und Arbeit auffborgen, dadurch nicht betrogen, noch vernachtheilt werden; So wöllen Wir, daß in solchem Fall sie beide Eheleut, semptlich, auch ihr jedes in solidum, das ist, besonder, und für vollen, die Schulden, so sie mit einander gemacht, zu bezahlen schuldig seyn sollen, und darinn kein Verzieg, noch auch Absönderung, es seyen dann zuvor alle Schulden bezahlt und vergnügt, gestattet werden [34])

§. 13.

Es sollen hier also beide Eheleute, gleich wirklichen Handelsgesellschaftern, Dritten solidarisch haften; und, wenn es gleich hiebei

---

32) Alte Reformat. fol. 20. §. 4, 5. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 11, 12, 13. coll. Th. 1. Tit. 49. §. 5.

33) Statt „Handthierung" heißt es im folgenden Paragraphen so wie im §. 19. „Krämereien;" und da dem im §. 20. die Handwerksleute, Gärtner und Tagelöhner entgegen gesetzt werden, so kann darunter auch nur der Kleinhandel verstanden werden. Vergl. Orth Anmerk. S. 38—40, und 2te Fortf. S. 100, 101.

34) Freilich behauptet v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. S. 496. die Praxis lasse jetzt gegen diese klare Vorschrift der Reformat. in der Regel jede Ehefrau zur Separation zu, deren Ehemann als Handelsmann Bürger geworden sei, wenn sie nur nicht durch Verschwendungen zu seinem Ruin beigetragen habe; allein es dürfte das wohl auf den Fall zu beschränken sein, wo die Frau nach der neueren Praxis zur Handels-Errungenschaft zugelassen wird, ohne zugleich mit ihrem Manne die Handelsgeschäfte betrieben zu haben, wo denn auch das Gesetz der Separation gar nicht entgegen steht. Schwerlich wird sie aber auch da zur Separation zugelassen werden dürfen, wo sie effectiv mit ihrem Manne einen gemeinschaftlichen Handel getrieben hat, und würde eine sich hierauf erstreckende Praxis, in der That sehr feste Wurzeln geschlagen haben müssen, wenn sie Beachtung verdienen sollte.

nicht mit bestimmten Worten gesagt ist, daß die Verpflichtung der Ehefrau die einer Kauffrau sein soll, so liegt dieses doch implicite einentheils schon in jener solidarischen auf den handelsrechtlichen Grundsätzen beruhenden Verpflichtung, und anderntheils darin, daß für solchen Fall dem Weibe das beneficium Scti Velleiani nicht zu statten kommen soll[35]). Es kann also hienach auch keinem Bedenken unterliegen, daß eine solche gemeinschaftlich mit ihrem Manne handelnde Ehefrau wechselfähig ist[36]). Uebrigens ist wohl die Behauptung aufgestellt, daß der Handel oder ein anderes hieher gehöriges Gewerbe dann für kein gemeinschaftliches zu achten sei, wenn der Ehemann die Concession dazu auf seinem Namen ausgewirkt hat, und bloß auf diesem dasselbe führt, auch mit seiner Ehefrau keine besondere Uebereinkunft getroffen hat, daß sie den Handel oder das Gewerbe für gemeinschaftliche Rechnung treiben wollten. Allein, einer solchen Verabredung bedarf es auf keinen Fall, denn das Gesetz spricht die Gemeinschaft von Gewinn und Verlust gradezu als Folge der gemeinschaftlichen Betreibung des Gewerbes aus; eine Folge, die sich ganz von selbst verstanden, und nicht besonders vorgeschrieben zu werden bedurft hätte, wenn sie nur im Falle eines abgeschlossenen förmlichen Societätscontractes eintreten sollte.

§. 14.

Wer ferner den Namen zur Betreibung des Gewerbes hergibt, ist an sich gleichgültig, wenn nur die Erfordernisse der Gemeinschaft vorhanden sind. Diese setzt aber das Gesetz lediglich in den factischen Umstand, daß die Frau die Geschäfte des Handels oder des Gewerbes mit vorgenommen hat. „Da die Haußfrauw sowohl als der Mann im Gaden, oder offenem Kram sitzt, kauft und verkauft, Geld einnimt und ausgiebt, das Register hält, und dergleichen übt", heißt es in der Hauptstelle, ohne daß hiebei verlangt wird, daß die Frau dieses auf ihrem eigenen Namen oder für ihre eigene Rechnung thut. Dieß bestätigt sich ferner durch den Gegensatz: „So aber der Mann durch sich selbst, oder seine Diener, ohne sein ehelich Weib handelte . . .[37])." Ganz besonders aber bringt dieses der im Gesetze selbst angegebene Grund der Vorschrift mit sich, daß dadurch die hier eintretenden Schwierigkeiten der Vermögens-

35) Frankf. Reformat. Th. 2. Tit. 16. §. 12. Th. 3. Tit. 7. §. 15. coll. §. 16. Orth Anmerk. 1ste Forts. S. 330—3.

36) Frankf. Wechsel-Ordn. v. J. 1739. §. 8. Orth l. c. 1ste Forts. S. 331.

37) Frankf. Reformat. Th. 13. Tit. 7. §. 18. coll. §. 19. Alte Reformat. fol. 25. §. 6.

Abſonderungen, ſo wie die Hintergehungen Dritter vermieden werden ſollen. Denn, da nach frankfurtiſchem Rechte die Frauen ſich, ohne Beiſtand ihrer Männer, ſelbſtſtändig verpflichten können, ſo würden die Dritten jedenfalls berechtigt ſein, ſich ſolcher Geſchäfte wegen, welche dieſelben auf ihrem eigenen Namen, oder doch ohne beſondere Erwähnung, daß ſie für Rechnung des Mannes gehen, mit ihnen abgeſchloſſen hätten, an die Frauen ſelbſt zu halten. Ob nun aber das Geſchäft ſo oder anders eingegangen wurde, das wird ſchon bei dem Abſchluſſe desſelben im Drange des Verkehrs ſelten beachtet werden, und hinterher in den wenigſten Fällen mit Sicherheit auszumitteln ſein. Soll nun dieſe Schwierigkeit beſeitigt, und der Dritte, der mit dem Weibe als einer ſelbſtſtändigen Perſon contrahirt hat, in dem ihr geſchenkten Vertrauen nicht getäuſcht werden, ſo konnte das nur durch ein Geſetz erreicht werden, welches ſie allgemein als Handelsfrau für gehalten erklärte, wenn ſie ſich nur überhaupt in den Geſchäften des Gewerbes thätig erzeigte. Wie ſtrenge darauf der Geſetzgeber in dem Intereſſe Dritter geachtet wiſſen will, das ergiebt ſich noch daraus, daß er jede Heirathsabrede und jede Vereinbarung dawider für unkräftig, und die Ehefrau ungeachtet derſelben, neben und zugleich dem Manne, und ihres jedes inſonderheit für verhaftet erklärt[38]).

§. 15.

Will nun aber Jemand die Ehefrau deshalb perſönlich in Anſpruch nehmen, weil ſie an dem Handel oder der Wirthſchaft des Mannes thätigen Antheil genommen habe, ſo muß er dieſes als zu ſeinem Klagegrunde gehörig erforderlichen Falls beweiſen. Zwar wird von Orth[39]) der Frau, die ſolche Theilnahme leugnet, die Beweislaſt auferlegt, und zwar aus dem Grunde, weil die Reformation die Gemeinſchaft des Gewerbes als die Regel anſehe, und bei den Wirthsfrauen auſſerdem auch noch deshalb, weil dieſes factiſch das Gewöhnlichere ſei; allein der letztere Umſtand kann von der Beweislaſt nicht befreien, und der erſtere Grund widerlegt ſich durch die beiden Bemerkungen, daß es einentheils die Regel des frankfurtiſchen Rechts iſt, daß der eine Ehegatte ſich von den, durch den andern contrahirten Schulden durch einen Verzicht auf deſſen ſtatutariſche Portion befreien kann, und daß es hievon nur in dem

38) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 14. Dagegen iſt es aber auch in dem Falle, wenn Einer der Ehegattin einen Separathandel hat, auf das ſtrengſte verpönt, zur Verkürzung der Gläubiger dem Andern etwas von den Gütern zu übertragen. Alte Reformat. fol. 25. §. 7. Neue Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 19.

39) l. c. 2te Fortſ. S. 101—3.

Falle eines gemeinsam betriebenen Handels oder anderen hierher gehörigen Gewerbes eine Ausnahme macht; und anderntheils, daß das Gesetz zwar wohl zwischen einem gemeinschaftlichen Handel beider, und einem separaten Handel des einen Ehegatten unterscheidet, aber keinesweges eine Präsumption für das Eine oder für das Andere aufstellt.

§. 16.

Ist nun aber auch die Gemeinschaft des Gewerbes ausgemittelt, so haftet die Ehefrau doch, ausser für ihre eigenen, nur für die auf ihrem gemeinschaftlichen Gewerbe lastenden Schulden; sind aber diese berichtigt, so kann sie sich der übrigen Separatschulden ihres insolventen oder verstorbenen Ehemanns durch die gewöhnliche Renunciation und Separation entziehen[40]). Gesetzt daher, der Ehemann hätte zwei Gewerbe, z. B. einen Weinhandel und eine Weinwirthschaft getrieben, und die Frau nur an der Betreibung des einen, etwa der Weinwirthschaft, Antheil genommen; so würde sie auch nur für die, dieses gemeinschaftliche Gewerbe betreffenden Schulden verhaftet sein; und brauchte sie deshalb in dem angegebenen Falle nur die Weine zu bezahlen, die entweder unmittelbar für die Weinwirthschaft angekauft, oder aus dem Lager der Weinhandlung zum Verbrauch in die Wirthschaft herüber genommen wären. Denn auch für diese letzteren könnte sie aus dem Gesichtspunkte einer eingetretenen versio in rem in Anspruch genommen werden[41]).

§. 17.

Wenn übrigens der Ehemann bei seiner Verheirathung mit einem solchen Gewerbe in der Bürgerrolle eingetragen war, oder sich damals eintragen ließ, wobei die Frau für die Gewerbsschulden nicht aufzukommen braucht, so ist wohl die Behauptung aufgestellt, daß die Frau hiedurch ein wohlerworbenes Recht gewonnen habe, welches ihr nachher durch eine von dem Manne einseitig vorgenommene Veränderung seines Gewerbes nicht wieder entzogen werden könne[42]). Diese Ansicht läßt sich aber nicht billigen. Denn die Reformation erklärt die Ehefrau eines Handelsmannes oder Wirthes nicht bloß dann für gehalten, wenn Letzterer dieses bereits bei Eingehung der Ehe war, sondern allgemein ohne Unterschied der Zeit, wann sie mit ihm dieses gemeinschaftliche Geschäft gehabt hat. So-

40) Frankf. Reformat. Th. 3. Tit. 7. §. 12, 20. Th. 5. Tit. 5. §. 6. Alte Reformat. fol. 24. §. 7. Orth l. c. 1ste Forts. S. 331.

41) arg. l. 82. D. pro socio (17, 2.)

42) v. Adlerflycht a. a. O. B. 2. S. 496 in d. Note.

dann bringt es aber auch die Regel des Rechts mit sich, daß die Frau den Mann nicht hindern kann, seinen Stand und sein Gewerbe zu verändern, und daß in einem solchen Falle die Frau ohne Weiteres dem neuen Stande ihres Mannes folgt[43]); so daß von einem wohlerworbenen Rechte der Frau aus den Standes- und Gewerbsverhältnissen des Mannes in solcher Maaße gar nicht die Rede sein kann. Endlich verliert eine Frau dadurch allein, daß ihr Ehemann hinterher einen Handel oder eine Wirthschaft anfängt, ihr Separationsrecht noch keineswegs, sondern erst dadurch, wenn sie persönlich jenes Gewerbe mit betreibt. Hält sie sich davon entfernt, wie dieses selbst bei den Wirthsfrauen nicht ohne Beispiel ist[44]), und wie sie dazu wohl befugt gehalten werden muß, so verbleibt ihr jenes Recht ungeschmälert. Unterzieht sie sich aber demselben, so trägt sie auch billig die gesetzliche Folge dieser ihrer freiwilligen Handlung.

§. 18.

Nach diesen im §. 12—17. entwickelten Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 28sten Februar 1824 J. S. Brotzler et Söhne c. Wiesen Ehefrau; wo die Beklagte, deren Ehemann zu Anfang der Ehe bloß Weinhändler gewesen war, später aber auch die Concession zur Betreibung der Weinwirthschaft impetrirt hatte, deshalb, weil sie dieses letztere Gewerbe mit betrieben habe, auf die Bezahlung von Weinen in Anspruch genommen wurde, welche die Kläger geliefert hatten; sie aber ihre Verpflichtung hiezu in Abrede stellte, weil ihr Ehemann bei Eingehung der Ehe bloß Handelsmann gewesen, weil der Wein an die Handlung nicht an die Wirthschaft ihres Mannes verkauft worden sei, und weil sie selbst in der Weinwirthschaft sich nicht als Wirthin thätig bewiesen habe. Hier wurde nämlich den Klägern der doppelte Beweis auferlegt, daß die Beklagte zur Zeit, als die fraglichen Weine von den Klägern verkauft wurden, an der Betreibung der Weinwirthschaft ihres Ehemannes persönlichen Antheil genommen habe; und daß beide Eheleute oder einer von ihnen diese Weine, ganz oder wie viel davon zum Behuf ihres Weinschanks gekauft, oder doch in demselben verwandt haben.

---

43) l. 8. D. de senatoribus, (1, 9)
44) Orth l. c. 2te Fortf. S. 114, 5.

V.

Beweiskraft einer Urkunde gegen den Producenten. *)

§. 1.

Es ist eine sehr gewöhnliche Lehre, daß derjenige, welcher in einem Rechtsstreite eine Urkunde zum Beweise producirt, nun auch gegen die Glaubwürdigkeit derselben keine Einwendungen machen könne, sie ihrem ganzen Inhalte nach gegen sich gelten lassen müsse, und daß die Regel, eine Privaturkunde beweise nicht für den Aussteller, doch in dem Falle eine Ausnahme leide, wenn der Gegner sie selbst producirt [1]). Einige, wie Danz und Gönner, leiten dieses aus dem „gesetzlichen Axiom," daß „documenta et testes per productionem fiunt communia" ab; die mehrsten aber berufen sich hiebei auf eine Reihe von Gesetzen, worin jener Grundsatz direct oder indirect ausgesprochen sey [2]), noch Andere endlich auf die Analogie dessen, was über die Wirkung der Production eines Zeugen vorgeschrieben ist [3]). Nur darüber sind die Meinungen getheilt, ob nicht der

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp. I. Bd. S. 113 — 128.

1) Mevius Decision. P. VII. dec. 346 et 347. Voet commentar. ad Pand. lib. 22. tit. 4. §. 18. Wernher lectissimae comment. Tom. 2. pag. 170. Leyser medit. ad. ff. spec. 263. med. 5. v. Kreitmayr Anmerkungen zum Codex iur. Bavarici iudiciarii Kap. 11. §. 5. nr. 9. coll. nr. 6. pag. 390 und 388. d. Ausg. in 8. Ludovici Einleit. in den Civil-Prozeß Kap. 17. §. 11. Horacker principia iuris Tom. 3. §. 4459 in fin. Danz Einleitung in den ordentl. Proz. Ausg. v. Gönner, §. 327. Thibaut System d. Pandekten B. 3 §. 1176. Martin Lehrbuch d. Civil-Proz. §. 195 a. E. und Not. c. Grolman Theorie d. gerichtl. Verfahrens §. 194. a. E. und Note 1. Gönner Handbuch des Proz. B. 2. Abhdl. 39. §. 8. und Abhdl. 40. §. 10. Gensler im Archiv f. d. civil. Praxis B. 2. S. 3 a. E. Schnell Anmerk. z. Gesetzb. üb. d. gerichtl. Verfahren in Civil-Rechtssachen f. Bern S. 225, 6.

2) l. 24, 26. D. de pecunia constituta (13, 5); l. 26. §. ult. D. depositi (16, 3); Nov. 49. cap. 2. §. 1; Auth. ad haec post l. 20. C. de fide instrumentor. (4, 21); c. 19. in fin. X. de censibus (3, 39).

3) l. 17. C. de testibus (4, 20). Diese Analogie macht namentlich Schnell (a. d. Not. 1. angef. O.) geltend, indem er z. B. in dem Falle, wenn der Kläger eine Forderung von 500 Fl. durch einen Brief beweisen will, in welchem ihm der Beklagte geschrieben hat, daß

Producent jener nachtheiligen Folge dadurch begegnen könne, daß er gleich bei der Production der Urkunde wider einzelne Contenta derselben protestirt; indem Einige, z. B. Leyser und Grolman solche Protestation für ganz wirkungslos achten, Andere aber, namentlich Mevius und Wernher, unterscheiden, ob das, wogegen man im Inhalte der Urkunde protestirt, nicht wesentlich mit demjenigen, wozu man sie benutzen will, zusammenhängt — und dann die Protestation für wirksam halten, — oder, ob der abgelehnte Theil der Urkunde dasselbe Geschäft betrifft, zu dessen Beweise der Producent sich auf die Urkunde bezieht, — in welchem Falle die Protestation nicht zu beachten sei[4]). — Eine genauere Untersuchung darüber, in wie weit jener Grundsatz in den Gesetzen oder in der Natur der Sache begründet und als richtig anzunehmen sei, dürfte nun aber bei der unverkennbaren practischen Wichtigkeit der Sache nicht überflüssig erscheinen[5]).

§. 2.

Ehe aber auf die Erörterung der Sache selbst eingegangen wird, sei es, um sofort darauf aufmerksam zu machen, welche Anwendungen wohl von jener Regel versucht worden sind, erlaubt, einen hierher gehörigen Fall zu erwähnen. Zwei Fuhrleute hatten den Transport einer Quantität Waaren, die in dem Lande A. mit einer sehr hohen Verbrauchssteuer belegt waren, übernommen, und bei ihrem Eintritte in jenes Land, Frachtbriefe auf das Land B. vorgezeigt, und die Güter bloß zum Transito durch das Land A. declarirt, nachher aber doch dieselben auf andere Frachtbriefe im Lande A. abgeliefert. Die Sache wurde aber entdeckt, und obwohl sie sich von dem Verdachte absichtlicher Zolldefraudation reinigten, so mußten sie doch zur Strafe die ganze sehr beträchtliche Verbrauchssteuer von jenen Gütern bezahlen. Die Empfänger dieser Güter waren aber unterdessen insolvent geworden und so sahen die

---

er ihm 200 Fl. an der Schuldsumme der 500 Fl. bezahlt habe, dem Kläger nicht gestatten will, das eine dieser Vorgeben von dem andern zu trennen, sondern ihn für verpflichtet achtet, den Brief seinem ganzen Inhalte nach als wahr anzuerkennen, auf gleiche Weise, wie die Aussage eines von ihm aufgeführten Zeugen. — S. dawider unten §. 7 — 10.

4) arg. l. 16. D. de administr. et periculo tutor. (26, 7); l. 39. §. 1. D. de operis libertor. (38, 1); Cf. et l. 11. D. de negotiis gestis (3, 5).

5) Eine Untersuchung der Art, die in manchen wesentlichen Punkten mit dem Resultate der gegenwärtigen Abhandlung übereinstimmt; aber sich nicht auf alle hier einschlagenden Punkte erstreckt, findet sich in v. Bülow Abhandl. B. 2. nr. 32. S. 269—275.

Fuhrleute sich veranlaßt, wegen der gezahlten Summe ihren Regreß an die Ablader zu nehmen, indem sie ihre Klage darauf gründeten, daß ihnen die Waaren ursprünglich bloß zum Transporte nach dem Lande B. verdungen, demnächst aber von den Abladern die Frachtbriefe im Lande A. gegen andere auf dort wohnhafte Empfänger umgetauscht, und dabei die Gefahren solcher Umtauschung übernommen worden seien. Die Beklagten aber, welche sich zu dem geforderten Ersatze nicht verpflichtet achteten, weil es, ihrer Behauptung nach, gleich anfangs mit den Klägern verabredet worden sei, daß die Waaren, und zwar auf die eigene Gefahr der Kläger, von diesen in das Land A, eingeschmuggelt werden sollten, setzten vor der gerichtlichen Beantwortung der Klage eine Darstellung der Verhältnisse auf, worin sie diese zuletzt erwähnten Thatsachen anführten, dieselben näher entwickelten, und daraus den Ungrund der gegen sie erhobenen Ansprüche, wie in einer wahren Exceptionsschrift, deducirten. Diese Schrift stellten sie den Klägern aussergerichtlich zu; es ließen sich aber dieselben dadurch von der Fortsetzung des Rechtsstreits nicht abhalten; und wurde im Verlaufe desselben den Klägern in der Hauptsache der Beweis auferlegt, daß die Waaren ihnen ursprünglich zum Transporte nach dem Lande B. verdungen, und die Bestimmung derselben erst während des Transito durch das Land A. von den Abladern geändert, auch von denselben das mit dieser Aenderung verknüpfte Risiko übernommen worden sei. Daneben aber wurde von dem Einen der Kläger die Nachweisung verlangt, daß er den Frachtcontract mit abgeschlossen habe. Um nun diese letztere Nachweisung zu liefern, producirten die Kläger den erwähnten, ihnen von den Beklagten mitgetheilten, schriftlichen Aufsatz, worin dieser Umstand von denselben eingeräumt war, bemerkten aber dabei ausdrücklich, der übrige Inhalt dieser Schrift könne, als ein einseitiges Anführen der Beklagten, zu ihren eigenen Gunsten, nicht in Betracht kommen. Gleichwohl wurde es nun doch gegen die Kläger geltend gemacht, daß sie die Urkunde als Beweismittel producirt hätten, und daraus die Folge abgeleitet, daß sie deren ganzen Inhalt gegen sich gelten lassen müßten, und mithin den Gegenbeweis wider sich selbst geführt hätten.

§. 3.

Es muß nun aber doch hiebei sofort stutzig machen, daß, während man sonst in einer Parteischrift Geständnisse und der Partei vortheilhafte Behauptungen unterscheidet, und es unbedenklich dem Gegner gestattet, erstere anzunehmen, letztere aber als wahrheitswidrig zu bestreiten, nunmehr ihm diese Befugniß entzogen werden soll, bloß weil er solche Schrift seines Widersachers, ob-

wohl bloß zum Beweise eines von den Beklagten darin eingestandenen Nebenpunktes und unter ausdrücklichem Widerspruch gegen deren weitere Anführungen darin, zu den Akten gebracht hätte. Wäre dieses zu billigen, so müßte ja auch consequenter Weise derjenige, welcher z. B. in einem Assekuranzprozesse Untersuchungsacten beibringt, alle Aussagen der Abgehörten gegen sich als wahr gelten lassen; und der, welcher auf die Adjunction anderer Akten angetragen hat, Alles als richtig anerkennen, was der Gegner darin zu seinen Gunsten zu finden vermöchte, wenn er auch an jenem Rechtsstreite selbst Theil genommen, und in demselben solche Thatsachen bestritten haben sollte. Denn das konnte doch unmöglich einen Unterschied machen, ob die Partei selbst, oder ob der Richter auf ihr Begehren Documente den Akten beigelegt hat. Solche Consequenzen müssen zu einer strengen Prüfung des Grundsatzes, woraus sie abgeleitet werden, auffordern.

§. 4.

Bei der Erforschung der wahren und richtigen Bedeutung des Satzes, daß eine Urkunde gegen den Producenten beweist, läßt sich nun aber von dem belobten Axiom, „documenta et testes per productionem fiunt communia“ gar kein Gebrauch machen. Denn dieses findet sich, wenn man zuvörderst bloß auf das gemeine Recht sieht, auf solche Weise nirgends in den Gesetzen vorgeschrieben, sondern es ist nur eine von der Doctrin zur kurzen Bezeichnung gewisser Prinzipe gebildete Rechtsregel, woraus man keinen Rechtssatz ableiten kann, sondern die, gleich allen andern solchen Formeln, womit man namentlich die Prozeßtheorie so reichlich beschenkt hat, aus dem bestehenden Rechte zu erläutern ist, und zu keinen Folgerungen berechtigt, welche nicht schon anderswoher als richtig nachgewiesen werden können[6]). In einigen neueren Prozeßordnungen findet sich nun freilich die Regel aufgestellt, daß eine Urkunde dadurch, daß der Beweisführer sie im Gerichte übergibt, gemeinschaftlich werde[7]), oder, wie es auch wohl ausgedrückt wird, daß der

---

6) l. 1. D. de R. I.: „Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat . . . .“

7) z. B. in d. Gerichtsordn. d. fr. Hansestadt Bremen v. J. 1814 §. 291; v. J. 1820 §. 178. In den Statut. Bononiens. a. 1454. Rubr. 43. §. 2. findet sich bereits die eigenthümliche Vorschrift von den Büchern und Schriften der Handelsleute, Wechsler, Künstler und Anderer: „Et si quis uti vellet, et uteretur tali Scriptura, vel Libro et ipsum, vel ipsam produceret contra ipsum Scribentem, vel eius Haeredes, in quo vel qua aliquid scriptum esset, quod in ipsius Scribentis favorem, vel sui Haeredis faceret, contra eum, qui sic uteretur, inter ipsas Personas, et quoad eas tantum dicto Libre, et Scrip-

Beweisführer dieses Beweismittel ohne Einwilligung des Gegners nicht wieder fallen lassen dürfe, so wie er es einmal dem Gerichte vorgelegt habe[8]); allein diese Vorschriften sind an und für sich viel zu vag und unbestimmt, als daß sie allein aus sich selbst genügend erklärt werden könnten, auch sind sie offenbar aus der Doctrin entlehnt, mithin aus dieser ihrer Quelle zu erläutern, und daher nur in demselben Umfange und mit denselben Einschränkungen zu verstehen, womit der Satz nach dem gemeinen Rechte, woraus ihn die Wissenschaft abgeleitet hat, verstanden werden muß. Es ist mithin auf die Erörterung der hierher gehörigen gesetzlichen Bestimmungen des gemeinen Rechtes einzugehen.

§. 5.

Bei diesen liegt nun aber unverkennbar das leitende Prinzip zum Grunde, daß es Niemanden zu gestatten sey, Dinge, die mit eigenen früheren Handlungen und Anträgen im Widerspruche stehen, zu verlangen oder geltend zu machen[9]). Nach diesem Grundsatze schreibt die Nov. 49. cap. 2. §. 1, und die daraus entlehnte Authentica bei Gelegenheit der Schriftvergleichung vor, daß eine Partei, welche eine Urkunde producirt und sie als von Jemanden ausgestellt geltend gemacht hat, nicht hinterher, wenn der Gegner sich derselben zur Schriftvergleichung bedienen will, ihre Aechtheit bestreiten könne. — Cui enim — heißt es hier in der deutlichern und richtigern hombergkischen Uebersetzung — ipse fidem habet quodque protulit, et ex quo iura sua fluunt, id non calumnietur, neque comparationem literarum cum illo fieri prohibeat, quamvis privata scriptura sit. Neque enim ipse secum pugnabit,

---

turae pro utraque Parte credatur, et stetur, quatenus concurreret cum quantitate petitia, etiamsi tale Scriptum cancellatum esset, et ultra non credatur, nec stetur, salvis casibus, in quibus per nostra Statuta quomodocunque aliter disponitur.“ S. v. Martens v. Ursprunge des Wechselrechts S. 57. Im Cod. iur. Bavarici iudiciarii a. 1753. Kap. 11. §. 5. nr. 9. ist verordnet: „Kann auch dasjenige, was Originali vel Copia schon einmal bei Gericht zum Beweis übergeben worden, von dem Producenten ohne Bewilligung des Gegentheils nicht wiederum zurückgenommen werden, sondern dient auch diesem, wenn es anders Documentum connexum ist, allenfalls zur Gegenprob, ohngeachtet die Production mit der ausdrücklichen Protestation, daß sich solche auf widrige Passus nicht erstrecken sollte, geschehen ist.

8) Berner Civil-Ger.-Ordn. v. J. 1821. Satz 179.

9) l. 25. pr. D. de adoption (1, 7); l. 32. pr. §. 1. D. de inofficioso testamento (5, 2), l. 49. D. mandati (17, 1); l. 4. C. de pactis inter emptor. (4, 54); c. 38. de R. l. in 6to. (5, 13).

et quae affirmat calumniabitur [10]). Wer mithin selbst eine Urkunde als ächt producirt, dem soll es hinterher nicht gestattet sein, sie als unächt zu bestreiten; versteht sich, wenn nicht etwa besondere Rechtsgründe, z. B. Irrthum, Arglist u. dgl. m., um Letzteres ausnahmsweise zuzulassen, vorhanden sind.

§. 6.

Aus dieser Vorschrift, daß der Producent einer Urkunde dieselbe als ächt gegen sich gelten lassen muß, folgt nun aber keineswegs, daß er auch den ganzen Inhalt derselben gegen sich anerkennen müsse. Das ist in der Novelle mit keiner Sylbe gesagt, und aus dem oben aufgestellten, der Vorschrift der Novelle zum Grunde liegenden Prinzipe läßt sich hinsichtlich des Inhalts der Urkunde nur die doppelte Folge ableiten, daß der Producent denjenigen Inhalt der Urkunde, der, ihre Aechtheit vorausgesetzt, zugleich auch als verbindlich für ihn zu achten ist, und daß er dasjenige, was er aus derselben für sich angeführt hat, auch unbedingt gegen sich gelten lassen muß. Daß er aber auch den übrigen Inhalt der Urkunde als gegen sich beweisend anerkennen müsse, das läßt sich aus jenem Prinzipe durchaus nicht ableiten. Denn eine Urkunde kann in einigen Stücken glaubhaft, in andern unglaubwürdig sein; wie namentlich in der eigenen Urkunde Alles, was dem Aussteller nachtheilig ist, als gültiges Geständniß besteht, das demselben Vortheilhafte hingegen an sich als bloße Behauptung angesehen und ohne anderweiten Beweis und ohne andere unterstützende Momente keineswegs als richtig angenommen wird.

§. 7.

Nun lassen sich freilich Umstände denken, welche die Sache verändern, und entweder bewirken, daß der vom Producenten verworfene Inhalt der vom Producten ausgestellten Urkunde gegen ihn, den Producenten, als wahr angenommen, oder aber, daß der von ihm aus dem gebilligten Theile der Urkunde abgeleitete Beweis als ungenügend erachtet werden muß. Ersteres wird nämlich dann der Fall sein, wenn dasjenige, was die Urkunde zu Gunsten des Ausstellers enthält, durch andere adminicula unterstützt wird, z. B. wenn der Gegner die Urkunde ohne Widerspruch angenommen hat, wenn ihr Inhalt auch in diesem Stücke wahrscheinlich, oder wenn sonstige Umstände vorhanden sind, unter denen auch

---

10) oder wie die Schlußworte im griechischen Texte lauten: „*οὐ γὰρ ἂν αὐτὸς ἑαυτῷ κολεμοίη καὶ ἃ περ ἐχυρίξεται, ταῦτα διαβαλλοι.*“

anderweitig eine Privatscriptur für den Aussteller beweist[11]). Und von dieser Seite her kann die Production der Urkunde, oder richtiger der Umstand, daß der Producent sich auf Contenta derselben zum Beweise beruft[12]), es bewirken, daß nun auch der Producent den übrigen Inhalt derselben für sich geltend machen darf, indem letzterer durch das, was der Producent daraus benutzt und als richtig anerkannt hat, so unterstützt und so wahrscheinlich gemacht wird, daß es ohne weiteren Beweis als dargethan anzunehmen ist. Dieses, aber mehr nicht, ergiebt sich aus der für die gewöhnliche Meinung in dieser Lehre in Bezug genommenen l. 26. §. 2. D. depositi. Das Gesetz enthält folgenden Fall: Titius bekennt in einem Briefe an die Sempronii, er habe von ihnen verschiedene Gegenstände, und darunter einen versiegelten Beutel, woraus sie ihm 10 schuldig seien, in deposito. Durch diesen Brief wird nun nach der Meinung des Paulus zwar die obligatio deposito nicht begründet — natürlich, denn diese wird nur re contrahirt, — allein es kann dadurch der Beweis der Deposition erbracht werden; und dabei fügt der Jurist hinzu: „An autem is quoque, qui deberi sibi cavit in eadem epistola decem, probare possit hoc, quod scripsit, indicem aestimaturum.“ Der Richter soll also keineswegs das ohne Weiteres als richtig annehmen, was derjenige, gegen den die Urkunde zum Beweise des Depositum producirt ist, darin zu seinen Gunsten geschrieben hat, sondern er soll dieses nach den Umständen ermessen. Es ist also die Thatsache, daß der Gegner sich darauf berufen hat, durchaus kein entscheidendes Moment, um ihr Beweiskraft für den Aussteller beizulegen, sondern ein solches muß erst in anderweitigen Umständen und Verhältnissen der Sache gesucht und gefunden werden.

§. 8.

Die Art und Weise, wie der Producent sich auf die vom Gegner ausgestellte Urkunde beruft, kann aber auch den anderen Er-

---

11) Vergl. Martin a. a. O. §. 195.

12) Denn, wenn im Beweisverfahren von Production geredet wird, so versteht man darunter nicht ein bloßes zu den Acten Bringen (wie z. B. Niemand denjenigen, der auf ein vom Gegner angebrachtes Editionsgesuch eine Urkunde gerichtlich vorlegt, deshalb den Producenten dieser Urkunde nennt), sondern vielmehr eine Bezugnahme auf ein vorgelegtes Beweismittel zum Zwecke eines zu führenden Beweises; und sonach kann der Gegner dessen, der das Document zu den Acten gebracht hat, gar füglich als der eigentliche Producent desselben anzusehen sein, wenn nämlich er, und nicht der Beibringende sich auf dasselbe bezieht. Danz ordentl. Proz. §. 331. Grolman l. not. 1. cit. §. 89. not. 1.

folg haben, daß nunmehr der Beweis, den der Producent daraus für sich ableiten will, als genügend nicht erachtet werden kann. Dieses ist dann der Fall, wenn man durch die Theilung der Urkunde dem Aussteller ein Geständniß unterschiebt, was er darin in dieser Maaße abzulegen gar nicht gemeint gewesen ist. Denn, da die Beweiskraft eigener Urkunden gegen den Aussteller gerade auf dem von ihm darin abgelegten Geständnisse beruhet, so wirft sich hier Alles auf die Grundsätze von der s. g. confessio qualificata zurück. So wie der Producent dieses, wenn von getrennten Thatsachen die Rede ist, theilen, und die Einräumung der ihm günstigen Thatsache benutzen, die Behauptung der anderen ihm nachtheiligen aber zurückweisen kann; so steht dieses unter gleicher Bedingung auch dem Producenten einer vom Gegner ausgestellten Urkunde frei. So wie es aber auf der andern Seite unzulässig ist, ein Geständniß dergestalt zu theilen, daß etwas als eingeräumt angenommen wird, was der Andere so uneingeschränkt, so unbedingt, so ohne modificirende Nebenumstände gar nicht eingeräumt hat, kurz, so wie es unstatthaft ist, ein Geständniß in einem andern Sinne, als in welchem es abgelegt worden ist, anzunehmen; so darf auch eine Urkunde nicht in solcher Maaße getheilt werden, daß man dieselbe dabei in einem vom Aussteller gar nicht gemeinten Sinne versteht. Wenn aber der Beweisführer dieses gleichwohl versucht, so hat dieses bei der unzulässigen Theilung eines eigentlichen qualificirten Geständnisses nicht die Folge, daß er nun auch den zurückgewiesenen Theil desselben als wahr gegen sich gelten lassen muß, sondern nur die, daß er den ihm obliegenden Beweis nicht durch jenes Geständniß führen kann, sondern denselben durch andere Mittel erbringen muß. Und auf gleiche Weise kann man in dem verwandten Falle, wo der Beweisführer aus einer vom Gegner ausgestellten Urkunde in unzulässiger Maaße das Günstige für sich heraus zu nehmen, das Ungünstige aber zurück zu weisen versucht, nicht das Präjudiz eintreten lassen, daß nun auch das Letztere gegen ihn als wahr angenommen wird; sondern der Nachtheil kann lediglich darin bestehen, daß er seinen Beweis nunmehr nicht durch diese Urkunde allein erbringen kann, obwohl sie ihm den Umständen nach immer noch zur Unterstützung bei einer anderweitigen Beweisführung dienen könnte.

§. 9.

Etwas anderes bringen denn auch weder die übrigen oben angeführten, bisher noch nicht erörterten, Gesetze, noch die Analogie der Vorschriften bei den Zeugen mit sich. Erstere gehören zum Theil gar nicht hieher, zum Theil sind sie bei der Entscheidung der

vorliegenden Frage ganz ungeeignet angewandt. Wenn nämlich in der l. 24 und 26 D. de constituta pecunia der Satz aufgestellt ist, daß das briefliche Versprechen, eine Schuld zu bezahlen, für ein constitutum zu achten sei, so läßt sich nicht absehen, was daraus für unsere Frage gefolgert werden kann. Das cap. 19. X. de censibus aber redet von einem Falle, wo der Producent sich gerade auch allgemein auf den Inhalt der Urkunde mit bezogen, und dadurch diesen als richtig anerkannt hatte. Wenn aber Jemand bei der Production einer Urkunde sich nicht etwa auf Einzelnes in derselben, sondern ganz allgemein auf dieselbe bezieht, so wird es eben deshalb den Umständen nach statthaft sein, nun auch Alles, was sie enthält, gegen ihn zu benutzen. Und was endlich die l. 16. D. de administrat. et periculo tutor. und die l. 39. §. 1. D. de operis libertor. nebst der verwandten l. 11. D. de negotiis gestis anbetrifft, so enthalten diese nur den, ohnehin in voller Allgemeinheit nicht einmal richtigen [13]) Grundsatz, daß man ein von einem Andern für uns besorgtes Rechtsgeschäft nicht in der Maaße theilen dürfe, daß man sich den Vortheil daraus aneigne, den Nachtheil aber dem Geschäftsführer überweise. Dieser Grundsatz findet aber auf Beweismittel keine Anwendung, wie die Lehre vom Geständnisse, und von der Beweiskraft einer Urkunde für und wider den Aussteller ergiebt.

§. 10.

Was endlich von der Production eines Zeugen gilt, dürfte schon an sich auf Urkunden nicht so geradehin zu übertragen sein; aber sicher kann diese Analogie nur für den Fall in Betracht kommen, wenn aus der zum Beweise producirten Urkunde eines Dritten gegen den Producenten deducirt wird. Denn insofern Letzterer sich durch die Production der Urkunde auf das darin liegende Zeugniß des Dritten beruft, nimmt er für denselben Glauben in Anspruch, und muß ihm daher solchen auch gegen sich einräumen. Aber selbst hiebei ist nicht zu übersehen, daß sogar der Producent eines Zeugen nicht unbedingt dessen Aussagen gegen sich gelten zu lassen braucht, sondern namentlich aus den Depositionen die absolute oder relative Unglaubwürdigkeit desselben deduciren darf, und daß diese Befugniß dem, welcher sich auf die von einem Dritten ausgestellte Urkunde bezieht, in um so unbeschränkterer Maaße gestattet werden muß, da bei dem Zeugen die Glaubwürdigkeit durch den abgeleisteten Zeugeneid erhöhet wird, dieses Moment

---

13) Vergl. z. B. l. 23. §. 1. D. pro socio (17, 2).

aber bei der Urkunde, wenigstens in der Regel, fehlt. Liegt nun aber gar eine eigene Urkunde des Producten vor, so ist die Analogie der Zeugen ganz unanwendbar; denn hier bleibt immer die wesentliche Verschiedenheit, daß der eidlichen Aussage des Zeugen als eines Dritten, insofern gegen die, vom Beweisführer durch die Production anerkannte, persönliche Glaubwürdigkeit desselben nichts zu erinnern ist, schon an sich eine bedeutende Beweiskraft beikommt, die Urkunde aber solche für den Aussteller an sich nicht hat. Nur dann aber kann der Producent einer Urkunde den andern daraus gegen ihn angeführten Stellen die Glaubwürdigkeit nicht bestreiten, wenn bei ihnen derselbe Grund der Beweiskraft ganz auf gleiche Weise eintritt, auf welchen sich der Producent bei den von ihm in Bezug genommenen Stellen der Urkunde gestützt hat.

§. 11.

Diese Grundsätze sind vom Oberappellationsgerichte bereits in mehreren Fällen zur Anwendung gebracht. In einer hamburgischen Assecuranzsache, Rasper c. Vallentin, wo ein Dritter für den eigentlichen Versicherten die Ordre zur Besorgung der Assecuranz nach Hamburg ertheilt haben sollte, kam es auf den Beweis der doppelten Umstände an, daß eine Ordre nach Hamburg ertheilt worden, und daß der Dritte zur Ertheilung derselben autorisirt gewesen sei. Im Laufe des Beweisverfahrens producirte der Gegner den in seine Hände gekommenen Originalordrebrief, den der Dritte nach Hamburg geschrieben hatte, um aus einer demselben angehängten Schlußclausel in anderer Beziehung wider den Kläger zu argumentiren. In diesem Briefe hatte der Dritte einen Umstand angeführt, der, wenn er als richtig anzunehmen war, ihn allenfalls berechtigt haben würde, für den eigentlichen Versicherten die Assecuranzangelegenheit zu besorgen; und da verlangte nun der Kläger, gestützt auf das Sprüchlein, daß eine Urkunde gegen den Producenten beweise, es solle als dargethan angenommen werden, nicht nur, daß eine Ordre nach Hamburg ertheilt, sondern auch daß der Dritte befugt gewesen sei, sie zu ertheilen. Das O.A.Gericht ging aber in seinem Erkenntnisse vom 19. Dec. 1823 nur auf das erstere Verlangen ein, weil der Beklagte selbst den Ordrebrief als das nach Hamburg gekommene Original producirt hatte, verwarf aber das letztere, weil Beklagter zwar wohl die Aechtheit des Briefes anerkannt habe, deshalb aber noch nicht alles das als wahr gegen sich gelten zu lassen brauche, was der Dritte darin behauptet und geschrieben habe.

§. 12.

In einer andern hamburgischen Sache, Wertheim c. Gumprecht, handelt es sich davon, ob Letzterer, der Beklagte, dem Ersteren eine gewisse Summe unumwunden, oder nur unter einer Bedingung versprochen habe. Zum Beweise des geleisteten Zahlungsversprechens producirte nun der Kläger bei der Replik ein Schreiben des Beklagten, worin zwar das Versprechen enthalten, aber auch zugleich etwas von der vom Beklagten behaupteten Bedingung des Geschäftes eingemischt war, indem der Kläger sofort gegen dieses Letztere, was Beklagter wahrheitswidriger Weise hinzugefügt habe, protestirte; wogegen der Beklagte nach der mehrerwähnten Regel es als nunmehr bereits erwiesen angenommen wissen wollte, daß er das fragliche Versprechen nur bedingt geleistet habe. Das Oberappellationsgericht verwarf aber am 18. März 1825 dieses letztgedachte Verlangen des Beklagten, erkannte mit dem Niedergerichte auf Beweis des Klagegrundes und des dagegen geltend gemachten exceptivischen Vorbringens; und bemerkte dabei, es werde erst demnächst nach beendigtem Beweisverfahren, und den dadurch vielleicht bewirkten näheren Aufklärungen der Sache, darüber zu entscheiden sein, ob und in wie weit der Kläger oder der Beklagte sich hiebei jenes Briefes mit bedienen könnte. Von gleichen Grundsätzen ging endlich das Oberappellationsgericht in seinem Erkenntnisse vom 13. Jan. 1826 J. S. v. Bergen et Comp. c. Schröder, Mahs et Comp. aus, wo es bei einem auf Besicht geschlossenen Handel darauf ankam, ob die Käufer die Waare nach deren Besichtigung unbedingt oder nur unter einem Vorbehalte genehmigt hatten, und dieselben das Letztere durch ihr eigenes späteres Schreiben, welches dieses als früher geschehen anführte, deshalb für erwiesen geachtet wissen wollten, weil die Verkäufer jenes Schreiben, obwohl unter ausdrücklicher Protestation gegen diesen Theil seines Inhalts, producirt hatten.

VI.

Wann ist auf Credit verkauft? *)

§. 1.

Es ist ein bekannter Grundsatz des gemeinen Rechts, daß das Eigenthum der verkauften Sache nicht eher auf den Käufer übergeht, als bis derselbe den Kaufpreis dafür berichtigt hat; und es unterliegt keinem gegründeten Zweifel, daß diese Vorschrift auch im kaufmännischen Verkehre Anwendung findet [1]). Es wurde nun aber bereits durch das Gesetz der 12 Tafeln nicht gerade die Bezahlung des Kaufpreises für nothwendig, sondern auch das für hinreichend geachtet, wenn der Käufer für den Kaufpreis eine dem Verkäufer genügende Sicherheit bestellte, „si alio modo ei satisfecerit“ [2]). Ja, nach der Interpretation der Juristen ging selbst das Eigenthum auf den Käufer über, wenn der Verkäufer ihm den Kaufpreis ohne Sicherheit creditirt hatte, „si is, qui vendidit. fidem emtoris secutus fuerit“ [3]); wahrscheinlich indem man annahm, daß in einem solchen Falle der Verkäufer in der Person des Käufers eine genügende Sicherheit finde. In unserm Handelsrechte ist es nun aber bestritten, wann ein Verkauf als auf Credit abgeschlossen anzusehen sei. Wird freilich mit der ausdrücklichen

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp. I. Bd. S. 425 — 432.

1) Das Gegentheil, nämlich daß die tradirte auch nicht creditirte Waare sofort in das Eigenthum des Käufers übergehe, behauptet freilich Büsch (Darstellung der Handlung B. 2. S. 384. 5. d. 3ten Ausg.); aber ohne allen rechtlichen Grund. Breuls de contractu commissionis. Goettingae 1800 §. 9.

2) 41. l. de rer. divisione (2, 1.); l. 11. §. 2. D. de action. empti (19, 1.).

3) §. 41. in fin. I. cit.; l. 19. D. de contrah. empt. (18, 1.). Ueber die hievon im Texte gegebene Erklärung vgl. l. 9. §. 3. D. de pigneratitia act. (13, 7.), wo es heißt: „Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit; ut ab hoc recedat, sive fiedeiussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo, vel nuda conventione.... Et generaliter dicendum erit, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si, ut ipse voluit, sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.“ S. auch l. 4. §. 8. in fin. D. de fideic. libertat. (40, 5.).

Bestimmung, daß Zug um Zug gehandelt sein solle, contrahirt, so hat man keinen Zweifel, daß nicht auf Credit gehandelt sei, und daß mithin vor der Bezahlung des Kaufpreises das Eigenthum auf den Käufer nicht übergehe, wenn er gleich vorher die Waare überliefert erhalten hätte [4]). Eben so wenig wird auf der andern Seite darüber gestritten, daß es ein Verkauf auf Credit sei, wenn bei dem Abschlusse des Geschäftes ausdrücklich verabredet ist, daß die Zahlung erst in einer gewissen Frist erfolgen solle [5]).

§. 2.

Bestritten sind dagegen die beiden Fälle, wenn auf dem Platze eine Waare ohne besondere Verabredung über die Zahlungszeit verkauft ist, wo sich eine kurze Zahlungsfrist mehrentheils von vier bis sechs Wochen, von selbst versteht; und wenn für Waaren, die von auswärts her beordert sind, der Verkäufer bei der Absendung über den Belauf einen a Uso gestellten Wechsel auf den Käufer trassirt. In diesen beiden Fällen hat man nicht selten behauptet, es sei nicht auf Credit gekauft und daraus namentlich die practische Folge gezogen, daß bei entstehendem Concurse des Käufers der Verkäufer die Waare aus der Concursmasse, und wo dem nicht die Regel „Hand wahre Hand" entgegenstehe, auch aus der Hand des Dritten vindiciren könne, an den der Käufer sie weiter übertragen hatte [6]). Man macht hiefür den doppelten Grund geltend, daß in einem solchen Falle dem Käufer nur die gewöhnliche Zeit zur Bezahlung, aber keinesweges eine besondere Frist zur Beschaffung derselben eingeräumt werde, und daß bei den von auswärts hergezogenen Wechseln doch immer eine Zeit dazu gehöre, damit derselbe in die Hände des Käufers komme. Werde nun dieser Termin nicht durch eine besondere Frist verlängert, so werde dadurch kein Credit gegeben. Auch lasse sich in dem Accepte

---

4) v. Martens im Handelsrecht §. 15. Zwar geht Mevius (Decis. P. 4. dec. 206, 280 nr. 3.), noch weiter und behauptet, es liege jedesmal ein Creditiren darin, wenn der Verkäufer die Waare aus den Händen gebe, ehe er das Geld dafür empfangen habe; allein hiefür findet sich weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache, indem doch Einer mit der Erfüllung den Anfang machen muß, ein genügender Grund. S. Stryck D. de fide habita cap. 4. nr. 13. (Dissert. francof. Vol. 3. nr. 13). Hach practische Beiträge Heft 1. S. 155. ibique citati. Carstens Beiträge z. lübeck. Rechte 2te Samml. nr. 11. §. 9. S. 172. Seuffert Erörter. einzelner Lehren, d. röm. Privatr. 2te Abtheil. S. 26. Vgl. das preuß. Landr. I, 11. §. 224 — 6, coll. 230.

5) v. Martens a. a. O. Lüb. R. im Cod. Brok. II, 205; III, 200, und in den revid. Statut. III, 5. Art. 6.

6) Hach a. a. O. S. 156. Carstens a. a. O. S. 172 vgl. mit S. 135, 140. v. Martens a. a. O.

eines solchen Uso-Wechsels von Seiten des Käufers nicht etwa eine Sicherheitsbestellung für den Kaufpreis finden; denn durch die Annahme eines Wechsels für eine eigene Schuld werde keine neue Sicherheit für dieselbe bestellt, sondern es würde das nur dann der Fall seyn, wenn ein Dritter als Trassat für den Betrag des Kaufpreises von dem Käufer aufgegeben wäre und demnächst für dessen Rechnung die Tratte acceptirt hätte[7]).

§. 3.

So richtig nun aber auch dieser letztere Satz erscheint, so läßt sich doch im Uebrigen den für die aufgestellte Meinung angeführten Gründen nicht beitreten. Denn der Begriff des Creditirens besteht nach den Gesetzen lediglich darin, daß man dem Käufer Vertrauen schenkt, sich ohne eine Sicherheit dafür zu besitzen mit seinem bloßen Zahlungsversprechen begnügt und ihm die Waare einhändigt, ohne eine sofortige Bezahlung derselben zu erwarten[8]). In allen diesen Fällen vertraut man dem Käufer die Waare an und schenkt ihm ein persönliches Vertrauen; denn anderweitige Sicherheit für die künftige Bezahlung des Kaufpreises besitzt man nicht, und eben so wenig hat man solche in der verkauften und abgelieferten Waare selbst. Denn man kann nicht erwarten, daß der Käufer solche bis zum eingetretenen Zahlungsziel unbenutzt und unveräussert werde liegen lassen; während, wenn gegen baare Zahlung verkauft ist, einentheils wenigstens unmittelbar nach der Uebergabe die Bezahlung des Kaufpreises gefordert, und widrigenfalls die dann noch vorhandene Waare zurück verlangt werden kann, und indem anderntheils der Käufer sich eine nicht zu erwartende Veruntreuung zu Schulden kommen lassen würde, wenn er, ohne zur versprochenen sofortigen Berichtigung des Kaufpreises zu schreiten, das fremde Eigenthum weiter veräussern wollte. Hier findet mithin der Verkäufer seine Sicherheit noch in der veräusserten Waare selbst, obwohl er sie bereits dem Käufer übergeben hat. Ganz anders erscheint aber die Sache in den obigen Fällen; und das zumal da, wo eine Vindication der anvertrauten Güter aus dritter Hand nicht statt findet, wo mithin der Verkäufer auf eine

---

7) Slüter D. de tradit. mercium per literas recognitionis. §. 18, 19.

8) „Nam cuicunque rei adsentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu, credere dicimur“, heißt es in d. l. 1. D. de rebus creditis (12, 1.). Cf. l. 2. §. 3. D. eod. l. 4. §. 8. D. de fideicomm. libert. (40, 5.), verbis:“ si ei fides habita fuerit promittenti sine satisdatione.“ Stryck l. c. c. 4. nr. 35. seq. Seuffert a. a. O.

Sicherheit durch die Waare selbst gar nicht weiter rechnen kann. Es wird daher auf dem Platze selbst kein vorsichtiger Kaufmann Jemanden auf solche Weise Waaren verkaufen, wenn er nicht ihn für seine Person als einen guten und sichern Mann ansieht. Es wird von auswärts her Niemand dem Besteller der Waaren dieselben direct zusenden, und sich damit begnügen über den Belauf einen Uso-Wechsel auf ihn zu ziehen, wenn er nicht zu demselben das Vertrauen hegt, daß er zur festgesetzten Zeit die Zahlung leisten könne und werde. Ist hingegen der Mann von der Art, daß er ihm solches Vertrauen schenken zu können nicht vermeint, so wird er entweder auf eine Sicherheitsbestellung, z. B. durch das Wechselaccept eines Dritten, dringen, oder das Connossement einem Dritten am Wohnorte des Bestellers übersenden, mit dem Auftrage es diesem nur gegen Bezahlung des Kaufpreises einzuhändigen. Thut der Verkäufer dieses nicht, so vertraut er stets der Redlichkeit und Solvabilität des Käufers, fidem eius sequitur, und darin liegt ein Creditiren im gesetzlichen Sinne des Wortes.

§. 4.

Die hiewider aufgestellten Gegengründe sind denn auch ganz unerheblich und beruhen einzig und allein auf der Verwechselung zweier ganz verschiedenartiger Begriffe, des Creditirens und der Einräumung einer Zahlungsfrist. Von dem Letztern redet man, wenn dem Käufer ein längerer Termin zur Zahlung bewilligt wird, wie dieser ihn ohne besondere Verabredung gehabt haben würde; der Begriff des Ersteren aber besteht gezeigter Maaßen darin, daß dem Käufer die Waare anvertraut wird, ohne daß man dafür sofortige Zahlung oder Sicherheit erwartet. Nun ist es freilich bei den Kaufleuten das Gewöhnliche und sich von selbst Verstehende, daß der Käufer die Waare erhält, ohne daß dafür sogleich die Zahlung geleistet wird; allein daraus folgt nicht, daß ein solcher Verkauf nicht auf Credit geschlossen ist, sondern nur, daß es jetzt das Gewöhnliche des kaufmännischen Verkehrs ist, auf Credit zu verkaufen, und kann es in diesem Stücke keinen Unterschied machen, daß dieses nicht ausdrücklich verabredet wird, sondern sich nach der Usanz von selbst versteht, denn am Begriff der Sache ändert das nichts [9]). Was hiebei namentlich noch den bei den über den Kauf-

9) Sehr richtig sagt Seuffert a. a. O.: „Zum Dasein des Creditirens gehört aber nicht gerade eine Verabredung darüber, sondern es ist schon vorhanden, wenn der Verkäufer tradirt, während er weiß, daß er nicht sogleich befriedigt werden würde. Denn fidem habere heißt ja nichts anders, als dem Käufer trauen, sich auf seine Person verlassen, daß er richtig zahlen werde."

preis gezogenen Wechseln angeführten Grund anbetrifft, daß solche Wechsel doch einige Zeit zu ihrer Ueberkunft gebrauchten, so würde dieser Grund allerdings zutreffend erscheinen, wenn solche Wechsel, die gewöhnlich unter demselben dato, an welchem das Connossement über die Waare an den Besteller abgesandt wird, gezogen zu werden pflegen, nur auf die Frist lauteten, welche ihre Ueberkunft bis an den Wohnort des Bezogenen erfordert. Denn in diesem Falle würde der Absender immer noch seine Sicherheit nicht bloß in der Waare, sondern auch noch in dem übersandten Connossemente selbst haben, indem der Besteller bei verweigerter Honorirung des Wechsels zur Zurückgabe desselben verpflichtet erschiene. Allein das Uso bei den Wechseln enthält nicht bloß die zur Ueberkunft derselben erforderliche Zeit, sondern noch daneben eine billige Zahlungsfrist für den Acceptanten[10]; und es ist daher das ganz Gewöhnliche, daß solche Wechsel lange vor dem Verfalltage zur Acception gebracht, und daß lange vor diesem Verfalltage die Waaren bei dem Empfänger angekommen und wohl gar schon längst von ihm weiter veräussert sind. Nun muß man freilich einräumen, daß aus den bisher bestrittenen Gründen nicht selten von den Gerichten die Idee befolgt wird, als liege in einer solchen Art des Verkaufes kein Handeln auf Credit. Allein wo auch bisher eine solche Ansicht befolgt sein sollte, da könnte ihr doch die Kraft eines eigentlichen Gerichtsgebrauches nicht beigelegt werden, weil sie nur auf einer unrichtigen factischen Auslegung der kaufmännischen Handlungsweise und einer Verwechselung der juristischen Begriffe beruht, und weil ihr die im kaufmännischen Leben gehegte Meinung bestimmt entgegensteht, indem gezeigter Maaßen der Kaufmann in solcher Maaße nicht mit demjenigen handelt, welchem er kein persönliches Vertrauen schenkt. — Nach diesen Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 22sten April 1823 J. S. Pobertz c. Beskow, wo es in Frage stand, ob eine Quantität Eisen, welche das Handlungshaus in Stockholm an das lübische übersandt, und bei der Absendung auf Letzteres den Betrag in Wechseln, welche 67 Tage a dato, dem angeblichen Uso zwischen Stockholm und Hamburg, gezogen hatte, für creditirt oder nicht creditirt zu achten sei? Und konnte bei der Annahme des Ersteren um so weniger ein Bedenken statt finden, da von Stockholm auf Hamburg, welches für Lübeck den Wechselplatz mit bildet, auch in der kürzeren Zeit von 37 Tagen oder einem Monate gewechselt wird[11], und selbst diese kürzere Frist offenbar einen viel längeren Zeitraum

---

10) Büsch Darst. d. Handl. B. 1. S. 74. d. 3ten Ausg.

11) Kruse hamb. Comptorist. S. 495. d. 5. Ausg.

in sich faßt, als welcher zur Ueberkunft des Wechsels und Connossementes erforderlich ist, ja selbst eine viel längere Zeit, als sie gewöhnlich die Schiffe zur Ueberfahrt von Stockholm nach Lübeck gebrauchen.

VII.

Pflichten des Inhabers eines domiciliirten Wechsels.*)

---

§. 1.

Der Umstand, daß nicht jeder Handelsplatz zugleich ein Wechselplatz ist, und daß derjenige, auf welchen an einem Nichtwechselplatze eine Tratte gezogen werden soll, auf dem benachbarten Wechselplatze entweder keinen Handelsfreund hat, auf den er direct für seine Rechnung trassiren lassen könnte oder wollte, hat die Einrichtung herbeigeführt, daß häufig Wechsel auf Jemanden abgegeben werden, welche dieser nicht an seinem Wohnorte selbst, sondern auf einem andern Wechselplatze, in dem sogenannten Wechseldomicil, bezahlen lassen soll[1]). Die Wechselordnungen gestatten dieses Verfahren ohne Anstand, und verordnen nur, daß wenn schon bei der Ausstellung des Wechsels die Absicht war, daß derselbe an einem dritten Orte zahlbar sein sollte, dieser Ort von dem Trassanten in der Tratte namhaft gemacht werden soll[2]). Der Inhaber eines solchen domiciliirten Wechsels muß sich nun mit diesem zur Annahme bei dem Trassaten in dessen Wohnorte melden, nicht im Domicil; denn einentheils fehlt es wenigstens in der Regel noch an der Benennung dessen, der im Domicil die Zahlung leisten soll, und anderntheils, so ist jedenfalls bei dem domiciliirten Wechsel die Absicht die, daß nur der Trassat selbst sich zur Bezahlung des Wechsels wechselrechtlich verpflichten soll, also bedarf es seiner Acceptation, nicht dessen, der demnächst für ihn die Zahlung leisten soll[3]). Wird nun dem Trassaten der Wechsel zur Acceptation

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp 1. Bd. S. 664—577.

1) Büsch Darstellung der Handlung, B. 1. S. 109. 110. Ausg. 3.

2) Leipz. W. O. §. 16. Preuß. Landr. II, 8. §. 942. Hannov. W. O. v. J. 1822. Art. 7. Code de Com. art. 111. Niederl. Handelsgesetzb. 1, 7. Art. 2. Chitty on bills of exchange pag. 117, 8. ed. 5.

3) Niederl. Handelsr. I. 7. Art. 76. Anders verhält es sich nach französ. Rechte, wenn der Trassat für die von ihm einzugehende Wech-

vorgelegt, so hat er auſſer dieſer auch noch darauf die Adreſſe zu bemerken, welche im Domicil die Zahlung leiſten ſoll; und unterläßt er dieſes, ſo muß deshalb gegen ihn, wegen der ſonach mangelhaften Annahme, Proteſt erhoben werden [4]). Iſt aber der Wechſel gehörig angenommen, und mit der erforderlichen Addreſſe verſehen, ſo kann demnächſt am Verfalltage die Zahlung nicht bei dem Acceptanten, ſondern nur bei der Addreſſe im Domicil gefordert werden; denn nur hier, aber auch hier, hat der Acceptant Zahlung zu leiſten verſprochen. Und da ferner nur an dem Orte, wo die ſchuldige Zahlung nicht geleiſtet wird, der Proteſt wegen unterbliebener Zahlung erhoben werden kann, ſo folgt daraus zugleich, daß in einem ſolchen Falle der Proteſt Mangel Zahlung im Domicil und nicht am Wohnorte des Acceptanten belegt werden muß [5]). Und nur ſo viel läßt ſich behaupten, daß wenn im Domicil gehörig proteſtirt iſt, dann der Inhaber des Wechſels wohl befugt ſei, nunmehr auch vom Acceptanten an deſſen Wohnorte die Zahlung zu verlangen [6]). Erfolgt die Zahlung im Domicil, ſo iſt damit das Wechſelgeſchäft beendigt, eben ſo gut, als wenn der Acceptant ſelbſt die Zahlung leiſtet, und es tritt nur bei der Auslieferung und Quittirung des Wechſels das Beſondere ein, daß der Zahlende wohl eine zweite, jedoch nur einfach gültige Quittung verlangen kann [7]).

ſelverbindlichkeit ein beſtimmtes Domicil erwählt hat; denn dann kann der Wechſel ihm auch dort zur Annahme präſentirt werden; nothwendig iſt das aber nicht. VINCENS Exposition de la législation commerciale Tom. 2. pag. 258—260. Es iſt das übrigens ein ganz anderer Fall, als mit dem wir es hier zu thun haben.

4) Brem. W. O., Art. 27. Preuß. Landr. a. a. O. §. 999, 1000. Weimar. W. O. v. J. 1819. §. 68. Conſulatordn. v. S. Sebaſtian v. J. 1766. Kap. 12. Art. 34. (bei v. Martens vom Urſprunge des Wechſelr. S. 195). Code de Com. art. 123. Niederl. Handelsr. I, 7. Art. 17. Siegel Einleit. in d. Wechſelr. S. 94. GRIES D. de literarum cambial. acceptat. Jenae 1800 §. 9.

5) Brem. W. O. a. a. O. Preuß. Landr. a. a. O. §. 1112 (Sievekíng) Materialien z. Wechſelr. §. 136. Hannov. W. O. §. 26. Code de Com. art. 173. Niederl. Handelsr. I, 7. Art. 17, 79. CHITTY l. c. pag. 333, 4.

6) l. 19. §. 4. D. de iudiciis (5, 1). l. 1, 10. D. de eo, quod certo loco (13, 4). Thibaut Syſtem d. Pandekten B. 1. §. 96. Schweppe röm. Privatr. §. 383. — Nothwendig iſt es aber keineswegeſ, nun noch erſt von dem Acceptanten ſelbſt die Zahlung zu fordern, ehe man auf die Vormänner zurück geht. CHITTY loco modo sit.

7) Conſulatordn. v. S. Sebaſtian Kap. 12. Art. 42. (v. Martens a. a. O. S. 199, 200).

§. 2.

Erfolgt die Zahlung im Domicil nicht, und es ist deshalb mit der Protestation gehörig verfahren, so hat der Inhaber seinen Regreß an alle diejenigen, an welche er sich auch bei einem protestirten gewöhnlichen Wechsel halten könnte, und er kann selbst den Acceptanten wechselrechtlich in Anspruch nehmen[8]), und dieses unbedenklich selbst dann, wenn derselbe auch für die erforderliche Deckung gesorgt haben, und doch die Einlösung des Wechsels im Domicil aus irgend einem Grunde nicht erfolgt sein sollte; denn er hat in dieser Hinsicht seinen dortigen Mandatar eben so gut zu vertreten als der Trassant und die Indossanten den Bezogenen. Gesetzt hingegen, es hätte sich der Inhaber bei der Protestation ein Versehen zu Schulden kommen lassen, z. B. er hätte den Wechsel zu spät zur Zahlung präsentirt, oder er hätte es versäumt wegen verweigerter Zahlung einen Protest zu erheben, oder von dem erhobenen Proteste den Vormännern und dem Acceptanten zeitig Nachricht zu ertheilen, so kann soviel keinem Zweifel unterliegen, daß diese Versäumniß auf das Rechtsverhältniß der Vormänner ganz denselben Einfluß äußern muß, als wenn bei einem gewöhnlichen Wechsel in der Präsentation zur Zahlung an den Acceptanten oder bei der Protestation gegen denselben etwas versäumt worden wäre. Denn die Addresse im Domicil erscheint bei der Zahlung ganz als Stellvertreter des Acceptanten. Mithin geht in einem solchen Falle der wechselrechtliche Regreß gegen sämmtliche Vormänner unbedingt, und nach den Grundsätzen der mehrsten Wechselordnungen überhaupt jeder Regreß an die Indossanten verloren, und es bleibt nur gegen den Trassanten ein Anspruch im Wege des ordentlichen Prozesses, insoweit er sich sonst mit dem Schaden des Inhabers bereichern würde.

§. 3.

Eine andere Frage ist aber die: welchen Einfluß eine solche Versäumniß auf den Acceptanten selbst äussert. Es ist nämlich der angenommene Grundsatz bei gewöhnlichen gezogenen und acceptirten Wechseln, daß, wenn solche auch dem Acceptanten nach dem Verfalltage zur Zahlung präsentirt werden, er solche Zahlung gleichwohl leisten muß, und sich zu seiner Entfreiung nicht darauf berufen kann, daß der Wechsel ihm zu spät präsentirt worden sei; Daß mithin, wenn der Acceptant die Gefahr der für die Einlösung

---

8) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1113.

eines verfallenen Wechsels bestimmten Summe nicht weiter tragen will, er dem, da eine Oblation an den unbekannten Inhaber des Wechsels nicht möglich ist, nur dadurch entgehen kann, daß er diese Summe zur gerichtlichen Deposition bringt. Bei dieser Deposition ist dann nur die durch die Natur der Verhältnisse gebotene Eigenthümlichkeit angenommen, daß derselben keine Oblation an den Gläubiger und keine Citation an denselben, um der Deposition beizuwohnen, vorherzugehen braucht [9]). Dieser Grundsatz rechtfertigt sich denn auch durch die nicht selten aufgestellte Behauptung, daß die Wechselstrenge nur zum Besten, aber nicht zum Nachtheil des Wechselgläubigers angeordnet sei [10]), und dadurch, daß der Inhaber eines Wechsels zwar wohl zu seinen Vormännern in einem Mandatsverhältnisse steht, und deßhalb ihnen zu allem Fleiß verpflichtet ist, wenn er sich den Regreß an dieselben erhalten will, daß er aber sich gegen den Acceptanten überall nicht in einem solchen, sondern nur in dem gewöhnlichen Verhältnisse eines Gläubigers zum Schuldner befindet, der gegen den Letzteren nur Rechte, aber keine Verbindlichkeiten hat. Ja wollte man auch nach der eigenthümlichen Natur der Wechselverbindlichkeiten annehmen, daß der Inhaber des Wechsels, welcher am Verfalltage vom Acceptanten nicht die Zahlung fordert, dadurch ohne Weiteres in Verzug, in mora accipiendi, versetzt werde, so würde dieses doch an jenem Resultate nichts ändern, da hier die Forderung auf keine bestimmte species, sondern nur auf ein genus, auf eine Summe Geldes gerichtet ist, derjenige aber, der diese schuldet, auch wenn die übrigen Erfordernisse einer mora accipiendi des Gläubigers vorhanden sind, so lange immer noch die Gefahr trägt, bis er die species, womit er seine Verbindlichkeit erfüllen will, von seinem übrigen Vermögen gehörig abgesondert hat [11]).

---

9) Leipz. W. O. §. 12, 16 a. E. Weimar W. O. §. 95. Widow D. de depositione iudiciali debiti cambialis Goetting. 1795. sect. 1. cap. 1. Runde Grundſ. d. d. Privatr. §. 247. Ludovici Wechselproz. Kap. 4. §. 86. Auch in Frankreich, wo in gewöhnlichen Fällen der Deposition eine Realoblation und eine Ladung an den Gläubiger vorher gehen muß (Code civil art. 1257—9), bedarf es zufolge eines fortwährend gültigen Gesetzes vom 20sten Julius 1795 bei der Deposition einer Wechselschuld dessen nicht. Pardessus éléments de jurisprudence commerciale pag. 260—2; u. Cours de droit commercial, Tom. 2. pag. 124—131.

10) S. z. B. Klein merkwürd. Rechtsspr. B. 1. S. 32.

11) l. 72. pr. D. de solution (46, 3). Schweppe röm. Privatr. §. 290.

§. 4.

Was nun so bei gewöhnlichen Wechseln von Acceptanten gilt, das scheint auch bei domiciliirten Wechseln zur Anwendung kommen zu müssen, wenn der Inhaber sie bei der aufgegebenen Addresse zu spät zur Zahlung präsentirt, wenn selbst wegen dieser Verspätung, durch Insolvenz jener Addresse, oder durch andere Zufälle, die der Acceptant nicht verschuldet hat, die von demselben übermachte Deckung verloren gegangen sein sollte. Denn es scheint, als werde durch die Hinzufügung eines Domicils das Verhältniß des Inhabers zum Acceptanten gar nicht verändert, und als sei letzterer mit der von ihm aufgegebenen Addresse in der Maaße identisch, daß Alles was in Beziehung auf diese geschieht, eben so angesehen werden müsse, als wenn es gegen ihn selbst geschehen oder unterlassen wäre; so daß mithin seine gänzliche Befreiung nur dadurch erfolgen könne, wenn die Addresse im Domicil für ihn den Betrag des Wechsels deponirt, oder er selbst solche Deposition beschafft [12]). Erwägt man aber die hier einschlagenden Verhältnisse genauer, so zeigt sich in der That eine wesentliche Verschiedenheit der domiciliirten Wechsel von den gewöhnlichen und erscheint bei jenen der Acceptant in ähnlichen Verhältnissen, wie bei den gewöhnlichen Wechseln der Trassant. So wie Letzterer für Deckung und Zahlung des Wechsels im Wohnorte des Trassaten zu sorgen hat, so liegt es in jenem Falle dem Acceptanten ob, für beides im Domicil Sorge zu tragen. So wie der Trassant den Wechselnehmer anweist die Zahlung zur gehörigen Zeit bei dem Trassaten zu suchen und zu empfangen, so ertheilt der Acceptant dem Präsentanten die gleiche Anweisung auf den, bei welchem der Wechsel domiciliirt wird. So wie daher der Wechselnehmer gegen den Trassanten die Verbindlichkeit contrahirt und solche auf seine Hintermänner überträgt, am Verfalltage vom Acceptanten die Zahlung zu verlangen, so übernimmt er auch gegen diesen Letzteren die Verbindlichkeit, im Domicil zur gehörigen Zeit die Zahlung zu suchen. Auch entspricht es der Wechselstrenge allerdings, daß auch der Inhaber des Wechsels verpflichtet geachtet werde, sich präcise am Verfalltage zur Empfangnahme der Zahlung einzustellen; denn je stren-

---

12) Dahin scheint die Vorschrift der brem. W. O. Art. 27. a. E. zu gehen, wo es von domiciliirten Wechseln heißt: .. „Da aber im Gegentheil der Inhaber niemand zur Einziehung der Gelder bestellen würde, mag derjenige, der die Bezahlung zu thun hat, solches versiegelt gerichtlich deponiren, und auf solche Weise von aller ferneren Ansprache sich befrien.

ger und drückender eine übernommene Verpflichtung ist, ein desto größeres Interesse hat der Verpflichtete, davon baldigst befreiet zu werden[13]). Versäumt mithin der Inhaber des domiciliirten Wechsels die zeitige Einforderung der Zahlung im Domicil, so läßt er sich auch gegen den Acceptanten eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen, und verletzt diejenigen Pflichten, welche ihm aus dem übernommenen Auftrage gegen denselben obliegen. Nun ist es aber ein allgemeiner Grundsatz, daß der Mandatar, welcher es an der erforderlichen Betriebsamkeit hat fehlen lassen, seinem Mandanten für den dadurch erlittenen Schaden aufzukommen rechtlich verpflichtet ist; und dieser Grundsatz tritt selbst bei einem mandatum in rem suam, wie das des Wechselsinhabers ist, insoweit ein, als der procurator aus dem ihm übertragenen Geschäfte noch einen Anspruch an seinen Mandanten zu machen gemeint ist.

§. 5.

Die Frage findet sich übrigens in unsern Wechselgesetzen und bei den Schriftstellern über das Wechselrecht selten berührt; doch verordnet bereits das preußische Landrecht, daß, wenn die aufgegebene Addresse keine Zahlung leistet, wider sie ein Protest erhoben werden soll, und heißt es dann weiter:

„Alsdann ist der Acceptant, welcher den Wechselinhaber an die Addresse verwiesen hat, wechselmäßig verhaftet[14]);“

es läßt also wenigstens die wechselrechtliche Verpflichtung des Acceptanten wegfallen, wenn jene Protestation unterblieben, und, wie es scheint, auch dann, wenn dabei nur etwas versäumt sein sollte. Noch bestimmter ist in dieser Hinsicht das neue niederländische Handelsgesetzbuch, indem es verordnet:

„Wenn der Acceptant die nöthige Deckung gehöriger Weise nach dem angezeigten Domicilium besorgt hat, und der Gedomiciliirte nach Ablauf des Verfalltages fallirt, ohne daß der Inhaber den Protest zu rechter Zeit hat aufmachen lassen: so ist der Acceptant entschlagen[15]).“

Auf gleiche Weise äußert sich der einzige Schriftsteller bei dem wir

---

13) So ist namentlich die Ansicht des französischen Handelsrechts, Code de Com. art. 161, 2. coll. Locre Esprit du Code de Com. Tom. 2. pag. 229—231.

14) Preuß. Landr. a. a. O. §. 1113.

15) Niederl. Handelsr. 1, 7. Art. 18. Vgl. Art. 105. ebendas.: wo selbst in Betreff eingehändigter Anweisungen auf den Cassierer auf dem Platze die Verpflichtung sanctionirt ist, sie bei Verlust des Regresses in den nächsten sechs Tagen einzufordern.

den Punkt berührt gefunden haben, Mann, dahin „der Protest Mangel Zahlung kann nur in dem angegebenen Domicil gemacht werden. Ein Protest in der Wohnung des Bezogenen selbst würde null sein, und wenn dieser demjenigen, in dessen Domicil der Wechsel zahlbar war, die Anschaffung zur Bezahlung wirklich übermacht hätte, und Letzterer nachher fallirte, so würde der Inhaber seinen Regreß sogar gegen den Bezogenen verlieren[16]).“ Ueberall findet sich also das Prinzip anerkannt, daß, wenn der Inhaber des domiciliirten Wechsels in der Einforderung der Zahlung bei der Addresse etwas versehen oder versäumt hat, woraus für den Acceptanten ein Schaden hervorgegangen ist, er demselben dafür gerecht werden muß, und solchen Schaden nicht auf den unschuldigen Acceptanten wälzen kann.

§. 6.

Hiegegen läßt sich dann auch nicht einwenden, daß der Acceptant selbst bei gewöhnlichen Wechseln noch immer verhaftet bleibt, wenn auch die Präsentation zur Zahlung verspätet worden sein sollte; denn es ergiebt die wesentliche Verschiedenheit der domiciliirten vor gewöhnlichen Wechseln, daß während bei letzteren der Inhaber gegen den Acceptanten nur die Rechte des Gläubigers hat, bei den domiciliirten Wechseln ihm zugleich gegen denselben die Verbindlichkeiten obliegen, die aus der Annahme des Auftrages, die Zahlung des Wechsels im Domicil zu suchen, hervorgehen. Eben so unpassend erscheint es ferner, wenn man hieher die Grundsätze über das Tragen der Gefahr bei einer obligatio generis ziehen wollte: denn diese befreien den Mandatar nicht von der Verbindlichkeit für den durch seine Nachlässigkeit entstandenen Schaden einstehen zu müssen, wie es denn z. B. keinem Zweifel unterliegen würde, daß derjenige, welcher mit der Einkassirung einer fremden Forderung beauftragt ist, für den Verlust dieser Forderung aufkommen müßte, wenn während seiner Zögerung der Schuldner zahlungsunfähig werden oder diese Forderung sonst verloren gehen sollte. Sodann aber hat der Acceptant, welcher die Addresse im Domicil mit gehöriger Deckung versehen hatte, den zur Einlösung des Wechsels erforderlichen Betrag von seinem übrigen Vermögen ja auch schon völlig getrennt und ausgeschieden, und hebt sich dadurch der gemachte Einwurf vollständig. Dieses zeigt sich wieder klar durch die Analogie des Trassanten. So wie nämlich dieser in dem Falle, wenn der Inhaber mit dem Incasso des Wechsels

---

16) Mann Handelsgesetzb. d. französ. Reiches S. 493, 4.

gesäumt hat, ohne Weiteres vom Regresse befreiet wird, wenn er nur den Acceptanten gehörig mit Deckung versehen hatte; so muß auch in dem Falle, wenn ein domiciliirter Wechsel vorhanden ist, der Bezogene von der übernommenen Verbindlichkeit befreiet werden, wenn er demjenigen, bei welchem der Wechsel domiciliirt war, die Deckung übermacht hatte, und diese in Folge jener Versäumniß, sei es durch Concurs des Dritten oder sonst, verloren gegangen ist.

§. 7.

Nach diesen Grundsätzen erkannte das Oberappellationsgericht am 22. Juni 1821 in Sachen Grünhagen und Fothergil contra N. H. Müller im folgenden Rechtsfalle. — Im Jahre 1813 hatte das klagende Handlungshaus zu Königsberg, was damals aber noch allein aus Grünhagen bestand, eine Quantität Waaren in Verkaufscommission an den Beklagten Müller nach Lübeck eingesandt, und nachdem dieselben realisirt worden, am 9. Juli 1813 über den Erlös verschiedene Wechsel auf denselben in hamburger Banco, neun Wochen nach dato, zahlbar in Hamburg trassirt. Müller acceptirte solche Wechsel, fügte dem Domicil die Addresse eines hamburgischen Hauses bei, und versah dieses zur Verfallzeit mit der gehörigen Deckung, so daß auch die mehrsten dieser zur rechten Zeit in Hamburg präsentirten Wechsel gehörig honorirt wurden. Von zweien dieser Wechsel aber waren die girirten Secunden bei dem damals gehemmten ordentlichen Postenlaufe, bei den Indossataren in Berlin über die Zeit liegen geblieben, und gelangten erst im Juni 1814 nach Hamburg. Unterdessen aber war im Anfange des Novembers von den Franzosen die hamburgische Bank und mit derselben auch die von Müller zur Einlösung für jene Wechsel übermachte Deckung weggenommen, und es wurde daher, als im Juni 1814 die Tratten im Domicil zur Einlösung präsentirt wurden, solche von der aufgegebenen Addresse aus dem Grunde verweigert, weil die Deckung unterdessen verloren gegangen sei. Auch der Acceptant verweigerte die Einlösung derselben, weil der damalige Inhaber die Wechsel zu spät nach Hamburg befördert habe, und somit an dem eingetretenen Verluste selbst schuld sei. Die Inhaber gingen nun auf ihre Vormänner zurück und wurden auch von den preußischen Gerichten mit ihrem Regresse an dieselben zugelassen. So kamen zuletzt die Wechsel an die obenerwähnte Handlung retour, und nahmen diese daraus den Acceptanten anfangs im Wechselprozesse, und demnächst, als dieser für unzulässig erkannt war, im ordentlichen Prozesse in Anspruch. Man

ließ sie mit der Klage zu [17]), der Beklagte aber machte gegen sie, die jedenfalls nur aus dem Rechte des früheren Inhabers klagen könnten, die Einrede der verspäteten Präsentation zur Zahlung im Domicil und des dadurch herbeigeführten Verlustes der Deckung geltend, und erbot sich nur zur Herausgabe der ihm angefallenen Dividende aus dem von der französischen Regierung für die geraubte Bank geleisteten theilweisen Ersatze [18]). Die Kläger aber meinten dagegen einentheils: jener Verlust könne nicht sie, sondern müsse den Beklagten treffen, und machten es anderntheils geltend, daß damals der gewöhnliche Postenlauf gehemmt gewesen, und daher die Zögerung ohne Verschulden des damaligen Inhabers der Secunden eingetreten sei.

§. 8.

Der Fall war, soviel das Rechtsverhältniß des Beklagten und des Wechselsdomicils betraf, nach dem zur Zeit der Acceptation und Zahlung in Hamburg und Lübeck geltenden französischen Rechte zu beurtheilen; und nahm das Oberappellationsgericht bei seinem obenerwähnten Erkenntnisse an, daß der durch die verspätete Präsentation der Wechsel zur Zahlung im Domicil entstandene Schaden nicht vom Acceptanten, sondern vom damaligen Inhaber mithin von den aus dessen Rechte klagenden Klägern getragen werden müsse. Jedoch müsse dieses nach den Grundsätzen des französischen Rechtes [19]) dann eine Ausnahme erleiden, wenn es dem damaligen Inhaber der Wechsel wirklich unmöglich gewesen sein sollte, die-

---

17) Ob dieses zufolge des preuß. Landr. II, 8. §. 1132—6; wonach die Legitimation der Kläger zur angestellten Klage zu beurtheilen war, hätte geschehen sollen, stand bei dem OAGerichte nicht mehr in Frage, und ist für den uns jetzt interessirenden Punkt gleichgültig.

18) Dieser Verlust durch die Wegnahme der Bank, der zunächst freilich das hamburg. Haus, auf dessen Bankkonto die Gelder standen, traf, mußte nämlich nach den darüber von den hamb. Gerichten constant befolgten Grundsätzen, die sich durch die Vorschrift des zur Zeit des Bankraubes in Hamburg geltenden Code civ. art. 2000 rechtfertigen, im endlichen Resultate von dem auswärtigen Remittenten der Gelder, die lediglich zu seiner Verfügung in der Bank bereit gehalten werden sollten, getragen werden.

19) Dieses läßt nämlich in Folge seines allgemeinen Princips (Code civ. art. 1147, 8) den Inhaber des Wechsels, der die Zahlung zu spät eingefordert hat, dann noch unbedingt mit seinem Regresse gegen den Trassanten zu, wenn Zufälle ihm die zeitige Präsentation unmöglich gemacht haben. Pardessus élém. de jurispr. commerc. pag. 288. Vincens l. c. Tom. 2. pag. 209 — 16. Vgl. d. niederl. Handelsr. l. 7. Art. 100. Ob dasselbe auch nach unserm Wechselrechte gilt, ist eine andere Frage, die hier zu weit führt.

selben zur Verfallzeit nach Hamburg zu befördern; daß jedoch die bloße Unterbrechung des gewöhnlichen Postenlaufes für sich allein denselben zu entschuldigen nicht vermöge, weil, wenn man sich damals im kaufmännischen Verkehr noch anderer Wege bedient haben sollte, es ihm obgelegen haben würde, auch seinerseits diese Wege einzuschlagen [20]). Da nun die Verzögerung an sich klar vorliege, so bedürfe es von Seiten der Kläger einer Rechtfertigung derselben und einer Nachweisung, daß diese Zögerung eine unverschuldete gewesen sei. Darüber ließ mithin das Oberappellationsgericht denselben noch den geeigneten Beweis nach; es ist aber dieser Beweis überall nicht versucht worden; und so haben sich die Kläger am Ende mit der Dividende aus den französischen Entschädigungsgeldern für die Bank begnügen müssen.

VIII.

Retentionsrecht an einer fremden Sache, die Schaden zugefügt hat. *)

§. 1.

Wenn eine fremde Sache uns einen Schaden zugefügt hat, und dabei in unsere Were gekommen ist, so muß der Eigenthümer, wenn er auf deren Herausgabe klagt, vorgängig eine Caution für den Ersatz des Schadens bestellen, der durch das Wegschaffen der Sache von unserm Eigenthume uns etwa zugefügt werden möchte, und können wir bis dahin ein Retentionsrecht an derselben ausüben. So, wenn bei einer Ueberschwemmung fremde Sachen auf unser Grundstück oder in unser Haus getrieben sind, brauchen wir dem Eigenthümer ihre Wegnahme nur gegen eine repromissio damni infecti zu gestatten [1]); so ferner, wenn Obst von unserm Baum auf den Grund und Boden des Nachbarn gefallen ist, werden wir mit der actio ad exhibendum oder dem interdicto de glande legenda nur dann zugelassen, wenn wir für das damnum

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp. I. Bd. S. 415 — 424.

20) Vgl. d. niederl. Handelsr. a. d. eben angef. Orte.

1) L. 9. §. 1. D. de damno infecto (39. 2).

infectum caviren[2]); und so in allen ähnlichen Fällen, wo wir etwas auf dem Grund und Boden des Andern vornehmen wollen[3]). Insoweit findet kein Streit statt. Allein die Gesetze gehen noch weiter und verlangen von dem Eigenthümer der Sache nicht bloß eine Caution für den bei ihrer Wegnahme zuzufügenden Schaden, sondern auch für den Schaden, welchen sie bereits angerichtet hat, indem sie verordnen:

> **Neratius autem scribit si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cauisses[4]).**

Diese Vorschrift erscheint nun an sich ebenfalls völlig klar. Der klagende Eigenthümer, der seine Sache zurückverlangt, soll für den durch dieselbe angerichteten Schaden Caution bestellen, ohne daß weiter etwas verlangt wird, als daß die Sache einen Schaden angerichtet habe.

§. 2.

Gleichwohl, und diese Meinung findet sich schon in der Glosse, giebt es Viele, welche jene Vorschrift in einem beschränkten Sinne verstehen und den Eigenthümer zu einer Caution für den bereits angerichteten Schaden nur dann verpflichten wollen, wenn er sich selbst dabei ein Versehen hat zu Schulden kommen lassen, z. B. wenn er in dem Falle des Gesetzes das Floß nicht gehörig befestigt hatte[5]). Für diese Ansicht werden im Wesentlichen drei Gründe geltend gemacht. Man beruft sich einmal darauf, es sei überhaupt unjuristisch Jemanden, der bei dem eingetretenen Schaden nichts verschuldet habe, zum Ersatz desselben zu verpflichten. Man dürfe ja Häuser, Bäume, Schiffe besitzen, mithin könne man durch diese erlaubte Handlung allein zu keinem Schadensersatz verpflichtet werden. Etwas Anderes sei es mit den Beschädigungen, welche der Eigenthümer selbst erst bei dem Wegschaffen der Sache anrichte;

---

2) L. 9. §. 1. D. ad exhibendum (10. 4).

3) L. 15. D. eod. l. 3. §. 11, l. 5. §. 4. D. de itinere actuque priv. (43, 19). l. 1. §. 38. D. de aqua cottid. (43, 20). l. 3. §. 9. D. de rivis (43, 21). l. 1. pr., §. 14. D. de cloacis (43, 23).

4) L. 5. §. 4. D. ad exhibendum (10, 4). l. 9. §. 3. coll. l. 7. §. 2. D. de damno infecto (39, 2). l. 8. D. de incendiis (47, 9). Donelli comment. iur. civ. lib. XV. cap. 46. init. v. Wening Lehrbuch des gem. Civilr. B. 2. §. 265.

5) Glossa ad l. 9. §. 1. D. de damno infecto. Poman. in additam. ad Bartoli comment. ad dict. leg. Peckius in comment ad tit. D. de incendiis ad leg. 8. §. 1. ibique Vinnius not. b. pag. 362. Struvius syntagma iur. civilis ex. 39. th. 26. in fin.; und ganz besonders Bynkershoek observat. iur. Rom. lib. 4. obs. 9.

denn zu deren Vergütung könne er wohl angehalten werden, weil sie durch seine facta zugefügt seien. Zweitens sei es in zweien Stellen ganz ausdrücklich gesagt, daß der Eigenthümer nur für das damnum infectum zu caviren brauche[6]); und lasse sich diese Vorschrift mit der oben erwähnten nicht anders vereinigen, als indem man die Verpflichtung, auch für den schon zugefügten Schaden zu caviren, auf den Fall eines vom Eigenthümer begangenen Verschuldens beschränke. Drittens endlich brächten dieses auch die Grundsätze der cautio damni infecti mit sich; denn, wo diese ausdrücklich bestellt worden sei, da hafte der Cavent doch nur für solchen Schaden, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache, nicht aber für einen solchen, der durch höhere Gewalt zugefügt werde, so daß z. B. wenn wegen eines Gebäudes die gedachte Caution bestellt ist, und von demselben Ziegel herabfallen, die dem Nachbarn einen Schaden zufügen, der Eigenthümer solchen Schaden nur dann ersetzt, wenn die Ziegel nicht gehörig befestigt waren, nicht aber dann, wenn nur die Gewalt des Windes, der auch andere feste Gebäude zerstörte, sie herabgeworfen hat[7]). Nun könne man aber doch ohne eine Caution geleistet zu haben, nicht zu mehr verpflichtet werden als mit derselben.

§. 3.

Dieser Gründe ungeachtet ist aber die entgegengesetzte Meinung, daß der Eigenthümer sowohl de damno praeterito als de damno futuro caviren müsse, wenn er seine, dem Andern durch Zufall schadende, Sache zurück haben wolle, als die richtigere anzusehen[8]). Denn nicht nur, daß in den Gesetzen von einem Verschulden des Eigenthümers nichts gesagt ist, so reden sie gerade von einem Falle, der die Idee eines solchen Verschuldens überall nicht zuläßt, indem eine vis fluminis, mithin eine höhere Gewalt, vorausgesetzt wird. Sonst hätte ja auch die actio legis Aquiliae wenigstens in Frage kommen müssen[9]), und gleichwohl wird das

---

6) L. 9. §. 1, 2. De de damno infecto (39, 2).

7) L. 24. §. 3, 4, 9; l. 43. pr. D. eod. Donelli comment. iur. civ. lib. 15. cap. 47. ed. Francof. a. 1595. pag. 560. med., 569. med. Hoeacker principia Tom. 3. §. 4097.

8) Bartolus commentar. in primam partem Dig. novi ad l. 9. §. 1. D. de damno infecto ed. Basil. a 1588. pag. 80. Müller ad Struvii syntagma l. c. not. e, Stryck D. de iure navium cap. 3. nr. 52, 53. (Opera Tom. 1. nr. 11. pag. 228). Faber rationalia ad ff. ad l. 5. §. 4. D. ad exhib. ed. Lugdun. a 1589. Tom. 2. P. 2. pag. 465. Schweppe römisches Privatrecht. §. 604.

9) L. 29. §. 2—4. ad leg. Aquil. (9, 2).

Retentionsrecht als das einzige Mittel genannt, wodurch der Beschädigte zum Ersatze seines Schadens gelangen könne. Unerheblich sind auch die hiewider geltend gemachten Gründe. Daß es zuvörderst unjuristisch sei, eine Verpflichtung zum Schadensersatz ohne ein Verschulden anzunehmen, läßt sich nicht behaupten und widerstreiten dem grade die Grundsätze des römischen Rechts in der Lehre von den Noxal-Klagen und der actio de pauperie, wonach gegen den Eigenthümer des schadenden Thieres eine Klage auf den Ersatz des zugefügten Schadens gestattet wird, ohne daß er sich in culpa befindet. Mit dieser Verpflichtung des Eigenthümers, für Beschädigungen durch seine Thiere einzustehen, wird nun aber gerade die Verpflichtung desselben auch für den Schaden, den seine Sache anrichtet, aufkommen zu müssen, in den Gesetzen zusammengestellt [10]), mithin nimmt das römische Recht allerdings an, daß der Eigenthümer blos als solcher für seine Thiere und Sachen Dritten, wenn gleich nur in beschränkter Maaße einstehen muß. Auch hat es in der That nichts Unbilliges, daß der Eigenthümer, welcher allen Vortheil von der Sache genießt, eher den durch sie angerichteten Schaden trage, als der Dritte, dem sie gar nicht zum Nutzen gereicht, insofern Jener ihrer nicht entbehren will.

§. 4.

Scheinbarer ist der zweite aus der L. 9. §. 1, 2. D. de damno infecto hergeleitete Gegengrund, indem hier die Verpflichtung des Eigenthümers positiv auf eine Caution für den k ü n f t i g e n Schaden beschränkt zu sein scheint. Allein auch dieser anscheinende Widerspruch erledigt sich, wenn man in dem §. 2. statt mit der Vulgata und Haloander d e damno infecto zu lesen, mit der Florentina d e d a m n o iam f a c t o liest; eine Lesart, die überdies in den Zusammenhang der Stelle sehr wohl hinein paßt, indem hier von einer ausserordentlichen Hülfe gesprochen wird, die wegen der beschränkten Fassung der gewöhnlichen formula nothwendig wird. Ueber das damnum futurum aber fand sich eine Bestimmung in der Formel und es fehlte nur an einer über den schon vorher erlittenen Schaden, wie der Jurist dieses selbst bemerkt. Wollte man aber auch annehmen die Juristen Trebatius und Alfenus, deren Meinung in den angeführten §. 1. und 2. referirt wird, hätten die Verbindlichkeit des Eigenthümers auf eine Caution für den künftigen Schaden beschränken wollen, so müßte dann doch die abweichende, im §. 3. folgende, Meinung des Neratius, welcher die Caution auch auf das damnum praeteritum erstreckte, vorgezogen

10) L. 7. §. 1. D. de damno infecto (39, 2).

werden. Denn sie steht nicht nur zuletzt, und wird deshalb von Ulpian, der sie anführt, gebilligt, sondern sie findet sich auch noch in zweien anderen Pandekten-Stellen ohne alle Mißbilligung wiederholt.

§. 5.

Bei dem dritten Gegengrunde endlich ist es übersehen, daß unser Fall gar nicht unter die Bestimmung des Edictes über die cautio damni infecti gehört. Das Edict bezieht sich lediglich auf einen künftigen Schaden[11]), und verpflichtet den Caventen zum vollen Schadenersatz, der wider ihn mit einer Klage, der actio ex stipulatu, eingefordert werden kann, und da hat es alle Billigkeit für sich, daß solche Verpflichtung nur dann als vorhaanden angenommen wird, wenn sich dem Eigenthümer irgend ein, wenn auch nur entfernter, Vorwurf bei der Sache machen läßt. In unserm Falle hingegen ist die Verpflichtung des Eigenthümers eine viel geringere, indem er einentheils nicht unbedingt für den Schaden haftet, sondern sich durch Dereliction der Sache davon gänzlich befreien kann, und indem anderntheils der Anspruch gegen ihn gar nicht klagend, sondern nur vermittelst einer Einrede der Retention verfolgt werden kann, wenn er selbst auf Herausgabe der Sache gegen den, in dessen Hände sie gekommen ist, klagbar wird. Unsere Frage gehört daher gar nicht in die Lehre des Edicts von der cautio damni infecti, sondern in die Lehre von der rei vindicatio, der actio ad exhibendum, der restitutorischen Interdicte oder anderer auf die Rückgabe unserer Sachen gerichteten Klagen; und der Gegenansprüche, welche der Besitzer dawider durch eine Retention der Sache geltend machen kann[12]). Es läßt sich also nicht sagen, daß man jetzt ohne Caution zu mehr verpflichtet sei, als mit derselben. Denn die jetzt in Frage stehende Verpflichtung besteht ausser und neben der aus der gedachten Caution. Ist nämlich die cautio damni infecti bestellt, so haftet der Cavent für einen Schaden vitio operis unbedingt, und ohne sich durch eine spätere Dereliction der Sache davon befreien zu können. Trüge sich nun aber durch höhere Gewalt ein Schaden zu, wobei seine den Schaden verursachende Sache in die Gewalt des Nachbarn geriethe, so könnte er zwar nicht aus der geleisteten Caution auf dessen Ersatz belangt werden, allein dieser würde gleichwohl ein Retentionsrecht an der schadenden Sache ausüben können, wenn der Eigenthümer auf deren Rückgabe gegen ihn klagbar werden

11) Hoc edictum prospicit damno nondum facto.... de damno vero facto nihil edicto cavetur... l. 7. §. 1. D. cit.

12) Donelli comment. lib. 20. cap. 9. in fin. pag. 458, 9.

wollte, eben so gut, als wenn eine cautio damni infecti überall nicht bestellt wäre.

§. 6.

Will demnach der Eigenthümer seine Sache von dem Andern zurück haben, so muß er demselben für den bereits zugefügten und für den künftigen Schaden Ersatz leisten; allein, wenn hiebei kein zur actio legis Aquiliae qualificirendes Verschulden von seiner Seite concurrirt, so hat der Andere gegen ihn keine Klage auf Ersatz des Schadens, sondern nur ein Retentionsrecht[13]). Ein Retentionsrecht aber zeigt sich nur so lange wirksam, als derjenige, dem es zusteht, die Sache in seiner Gewalt behält, und hört die ganze correspondirende Verpflichtung des Gegners auf wenn die Sache untergeht, oder der Andere den Besitz derselben verliert[14]), mithin kann sich auch dessen Anspruch nicht weiter als auf das Besessene erstrecken, und verliert er solchen Anspruch, wenn der Gegner seine Sache abandonnirt[15]). Zwar scheint besonders nach der Lesart der Florentina die L. 9. §. 2. D. in unserm Falle weiter zu gehen, und sogar eine Klage gegen den Eigenthümer zuzulassen; allein daraus läßt sich im Allgemeinen nichts folgern; denn die dort zugelassene Klage ist nur als Surrogat für ein Retentionsrecht gestattet, welches wegen der Beschränktheit der Formel nicht gleich anfangs geltend gemacht werden konnte. Als Surrogat der Retention könnte daher jene Klage nicht zur Erreichung von mehr führen, als wozu die Retention selbst hätte dienen können. Mithin könnte derselben jedenfalls dadurch begegnet werden, daß der Eigenthümer dem Kläger die Sache wieder einhändigte und überließe. Weiter gehen ja selbst die actio noxalis und de pauperie nicht, und bei diesen sollen doch die Ansprüche gegen den Eigenthümer mehr begünstigt sein als in unserm Falle, wo dessen leblose Sache einen Schaden zugefügt hat[16]). Es kann also niemals gegen den schuldlosen Eigenthümer eine Klage, und am wenigsten eine Klage auf vollen Schadensersatz zugelassen werden.

---

13) l. 6, l. 7. §. 2. D. de damno infecto (39, 2.); Thibaut System d. Pandecten. B. 1. §. 311. Schweppe a. a. O. Wenings Lehrbuch d. gem. Civilrechts B. 1. Buch 1. §. 169. vers. fin.

14) l. 7. §. 1. D. eod. l. 29. §. 2. D. ad l. Aquil (9, 2). Bynkershoek l. not. 5. cit. med.

15) S. z. B. l. 29. §. 3.; l. 31. pr. D. de aedil. edicto (21, 1). l. 1. §. 40. D. ne quid in loco publico (43, 8.).

16) l. 7. §. 1. D. de damno infecto (39, 2.).

§. 7.

Diese Grundsätze kamen bei dem Oberappellationsgerichte in folgender Rechtssache zur Anwendung. Der hamburgische Holzhändler Griem hatte seine Holzvorräthe im dortigen Holzhafen an der Elbe. Eine hohe Sturmfluth am 4. December 1823 riß unter andern vier Stück Eichen und eine Kiehne los und trieb dieselben auf den von dem hohen Wasser ebenfalls überschwemmten Platz des Zuckerform-Fabrikanten Osewaldt, wo sie unter den zum Trocknen aufgestellten Zuckerformen eine nicht geringe Verwüstung anrichteten, weshalb derselbe dem Eigenthümer die Rückgabe dieser Hölzer weigerte, bis er ihm für den angerichteten Schaden Ersatz geleistet haben würde. Griem ward nun auf Rückgabe derselben klagbar, und wollte nur den Schaden ersetzen, der etwa noch bei dem Wegschaffen der Hölzer zugefügt werden möchte, keineswegs aber den, welchen dieselben bereits angerichtet hatten; denn er habe sein Holz gehörig befestigt gehabt und blos die ungewöhnliche Sturmfluth ganz ohne sein Verschulden den Schaden angerichtet[17]). Der Beklagte dagegen verlangte sogar reconveniendo vollen Schadensersatz, indem er seinen Schaden viel höher als den Werth der Eichen anschlug. Mittelst Erkenntnisses vom 30. April 1825 verwarf aber das Oberappellationsgericht, nach den eben entwickelten Grundsätzen sowohl den Anspruch des Klägers auf unentgeldliche Herausgabe seiner Hölzer, als auch die Forderung des Beklagten auf vollständigen Schadensersatz. Es sei vielmehr der Kläger, wenn er seine Hölzer wieder haben wolle, dagegen zum Ersatz des bereits zugefügten, so wie des noch zuzufügenden Schadens schuldig; wolle er hingegen die Hölzer dem Beklagten überlassen, so sei er von jeder weiteren Verpflichtung an denselben frei.

17) Hiebei berief der Kläger sich zwar noch insbesondere auf eine hamburg. Verordn. vom 20sten Dec. 1754 über die Verbindung und Befestigung der vor dem Billwärder-Deiche liegenden Flöße (Samml. der hamburg. Mandate Th. 4. S. 1980, 1.); allein diese, eigentlich nur zur Warnung für die Holzhändler erlassene, und sie deshalb zur Sorgfalt ermahnende Verfügung, verweist in Betreff der Verpflichtung zum Ersatz eines durch das Holz derselben angerichteten Schadens, geradezu auf die bekannten gemeinen und statutarischen (in diesem Stücke nichts Eigenthümliches enthaltenden) Rechte.

IX.

Ueber literarum obligatio, cautio indiscreta und pecunia cauta non numerata. *)

§. 1.

Es dürfte auf den ersten Blick auffallen, daß die in der Ueberschrift genannten Materien zum Gegenstande einer und derselben Abhandlung gemacht worden sind, indem sie dem Anscheine nach ganz verschiedenartig sind, und es an einem inneren Zusammenhange unter ihnen zu fehlen scheint. Dem ist aber nicht so, sondern, wie der Verfolg der Abhandlung dieses noch näher ergeben wird, die praktisch wichtige Frage, ob es im heutigen römischen Rechte noch eine literarum obligatio giebt, ist von entscheidendem Einfluß auf die Untersuchung, wie die Vorschriften des römischen Rechts über die cautio indiscreta, so wie über die querela und exceptio non numeratae pecuniae eigentlich anzusehen seyen; und daß unter den beiden zuletzt genannten Instituten eine enge Verwandtschaft statt findet, darüber kann schon das zum Belege dienen, daß beide in demselben Titel des Codex, de non numerata pecunia abgehandelt, und in eine Art von Gegensatz gebracht werden. Ist nämlich, wie darauf die wahre Meinung der l. 5. und 13. C. de non numerata pecunia hinaus geht, die Verschreibung über eine erst jetzt contrahirte Schuld ausgestellt, so kommen die querela und exceptio non numeratae pecuniae in Frage; wird hingegen eine ältere Schuld in eine Verschreibung gebracht, so kann gegen Letztere begreiflicher Weise nicht eingewandt werden, es sei keine Auszahlung darauf erfolgt, denn das wurde bei der Ausstellung der Urkunde gar nicht erwartet, sondern nur, es sei irrthümlich eine frühere Schuld als vorhanden angenommen, die Verschreibung mithin indebite ausgestellt, eine Behauptung, wobei die Lehre von der cautio indiscreta zur Anwendung kommen kann, und es sich, wie bei der exceptio non numeratae pecuniae nach der Beweislast, nur hier nicht rücksichtlich der numeratio pecuniae, sondern des behaupteten indebiti fragt. Beide Fragen

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp. I. Bd. S. 325 — 386.

aber finden sich im Wesentlichen nach gleichen Grundsätzen entschieden, indem der Gläubiger sowohl in dem einen Falle den Beweis der numeratio übernehmen muß, wenn ihm zeitig die exceptio non numeratae pecuniae entgegengestellt wird, als auch in dem andern darthun muß, daß eine Schuld vorhanden ist, wenn der Gegner das indebitum behauptet, und die Verschreibung indiscrete lautet. Aber, was ist der Grund dieser beiden Vorschriften, sind die exceptio non numeratae pecuniae und die exceptio indebiti in diesem Falle wahre Einreden, bei denen nur aus besonderen Gründen die Beweislast auf den Kläger gewälzt wird, oder erscheinen sie bloß als eine verneinende Einlassung auf die Klage, verbunden mit einer Anfechtung der eigenen zum Beweise der Schuld producirten Urkunde?

§. 2.

Alles hängt hiebei von der Frage ab, ob es noch jetzt, nach justinianeischem Rechte eine obligatio und actio ex literis, in der Maaße giebt, wie in diesem Rechte eine verborum obligatio mit der actio et stipulatu vorkommt. Denn wäre Jenes nicht anzunehmen, und gehörte mithin zur Begründung der Klage noch etwas Anderes und Mehreres, als die Schuldverschreibung selbst, nämlich das der Entstehung der obligatio materiell zum Grunde liegende Rechtsgeschäft, so könnte die Urkunde nur als das Beweismittel, und es müßte die exceptio indebiti, und eben so die exceptio non numeratae pecuniae in Beziehung auf den Klagegrund lediglich als eine negative Litiscontestation, und nur in sofern als eine Einrede angesehen werden, als damit zugleich die eigene Urkunde angefochten wird. So wird nun freilich die Sache jetzt mehrentheils angesehen, das Dasein von Literalverträgen nach dem neuen römischen Rechte gänzlich abgeläugnet[1]), und was namentlich die exceptio non numeratae pecuniae anbetrifft, diese als eine negative Einlassung auf die angestellte Darlehnsklage, und als eine Einrede wider die zum Beweise derselben in Bezug genommene Schuldverschreibung betrachtet[2]). Allein diese Ansicht erscheint als im höchsten Grade bedenklich, denn einentheils würde dadurch ein Einwand, der sich keinesweges als eine gegen die Be-

---

1) v. Savigny über d. Literalcontract (Abhandl. d. histor.-philolog. Classe d. berlin. Akademie v. J. 1816. S. 289—306. Schweppe römische Rechtsgeschichte §. 307. Unterholzner in d. Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. 1. S. 258, und im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 7. S. 51, 2.

2) z. B. von Unterholzner a. a. O. S. 6.

weiskraft der Urkunde, sondern vielmehr als eine wider das Recht selbst gerichtete exceptio ankündigt, in eine bloße Abläugnung des Klagegrundes verwandelt, anderntheils aber würde dadurch eine große Ungleichheit der Rechte bei einem feierlichen mündlichen, und bei einem solemnen schriftlichen Versprechen herbeigeführt werden.

§. 3.

Sehen wir nämlich zuvörderst auf das Recht der Stipulationen, in denen ja nur der Gegenstand aber nicht die Veranlassung des Versprechens ausgedrückt zu werden pflegte, so ist es hiebei eine ausgemachte Sache, daß zur Begründung der **actio ex stipulatu** nichts weiter, als die Nachweisung einer statt gefundenen Stipulation, keinesweges aber auch die eines genügenden Rechtsgrundes hiefür erforderlich gewesen sey. Wollte nun der beklagte Promittent behaupten, er habe jenes Versprechen ohne Grund irrthümlich geleistet, so mußte er gegen die Klage eine **exceptio doli** oder **in factum** vorschützen[3]), und mithin, in so fern es nach der allgemeinen Regel ging, seinen Irrthum beweisen; und auf gleiche Weise verhielt es sich in dem Falle, wenn bei dem Versprechen eine vorangehende Leistung von Seiten des Stipulators vorausgesetzt, aber nicht erfolgt war. Denn es heißt bei **Gaius**:

> **Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut qui iure civili teneatur, sed iniquum sit, eum iudicio condemnari; velut si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim: nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oportet, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est, te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere . . .**[4]).

Und so findet sich das Recht auch noch in den Pandekten, nur daß, wenn der Kläger eine Person ist, welche gegen den Beklagten Anspruch auf Hochachtung hat, die Einrede nicht in der Form einer **exceptio doli**, sondern als **exceptio non numeratae pecuniae** aufgestellt werden soll[5]). In den Institutionen aber, wo im Uebri-

---

3) §. 1. l. de except. (4, 13.); l. 5. §. 1. D. de act. empti (19, 1.); l. 17. pr. D. de doli mali et met. except. (44, 4.).

4) Gaii Inst. IV, 116. Schweppe a. a. O. §. 304.

5) l. 2. §. 3; l. 4. §. 1. D. de doli mali et metus except. (44, 4.); l. 29. pr. D. mandati (17, 1.); l. 15. pr. D. de fideiussor. (46, 1.) coll. l. 30. D. de rebus creditis (12, 1.); l. 9, 11. C. de n. n. pecunia (4, 30).

gen die ganze Sache auf dieselbe Weise behandelt ist, wird dieser Einrede unter Bezugnahme auf dasjenige, was darüber bereits in einem früheren Titel, von den Literalcontracten, abgehandelt worden, allgemein exceptio non numeratae pecuniae genannt. Die Vorschrift, die hier so lautet:

> . . . placet exceptione pecuniae non numeratae te defendi debere; cuius tempora nos (secundum quod iam superioribus libris scriptum est) constitutione nostra coarctavimus[6]);

kann denn auch sicher nicht anders verstanden werden, als daß gegen die actio ex stipulatu die gedachte Einrede in derselben Maaße, und mit der gleichen Wirkung, die Beweislast rücksichtlich der erfolgten numeratio auf den Kläger zu übertragen, zugelassen werden soll, als gegen eine auf eine Schuldverschreibung gegründete Klage. Hier erscheinen nun aber die exceptiones indebiti et non numeratae pecuniae als wahre Einreden, nur daß bei der letzteren das Besondere eintritt, daß sie vom Beklagten nicht erwiesen zu werden braucht. Es müßte nun aber doch in der That befremden, wenn jene Einwendungen, in sofern sie gegen eine Klage aus einem schriftlichen Versprechen geltend gemacht werden, eine ganz andere Beschaffenheit, nämlich die einer bloßen negativen Einlassung haben sollten.

§. 4.

Wenn wir nun jetzt zur Erörterung der Frage übergehen, ob noch zu Justinians Zeit eine literarum obligatio und eine bloß auf das geleistete schriftliche Versprechen gegründete Klage bestanden habe, so sind von dieser Untersuchung alle die Fälle auszunehmen, wo die Verpflichtung eigentlich durch eine Stipulation zu Stande gebracht und nur zum Beweise derselben eine Urkunde aufgenommen war. In diesem Falle blieb das Geschäft eine verborum obligatio, mithin die Klage daraus eine actio ex stipulatu, und wird hiebei ausdrücklich bemerkt, daß daneben eine obligatio literarum, die wohl als ein späteres Institut nur da, wo es sonst an einer strengen Verpflichtung gefehlt haben würde, zugelassen ist, nicht habe bestehen können[7]). Bei der aufgenommenen Ur-

---

6) §. 2. I. de except. (4, 13.). Cf. Kraut de argentariis pag. 101 — 3. Unterholzner im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 7. S. 31, 32.

7) Gai Inst. III, 134. §. un. I. de liter. obligat. (3, 22.), ibique Theophilus.

kunde aber galt das Besondere, daß sie für vollständig beweisend geachtet wurde, wenn der Promittent darin auch nur das geleistete Versprechen, nicht aber die noch weiter erforderlichen Solemnitäten einer vorauf gegangenen Frage und der Gegenwart der Contrahenten bezeugte [8]).

§. 5.

Was dagegen die Fälle anbetrifft, wo durch die Scriptur selbst die obligatio constituirt wurde, so ist hier das eigenthümliche römische Institut der nomina von dem ausländischen der syngraphae und chirographa zu unterscheiden. Von jenen kennt das ältere römische Recht zwei Arten, das transscriptitium nomen und das arcarium nomen. Beide hängen mit dem Institute der römischen Hausbücher und deren näherer Einrichtung zusammen. Man trug nämlich, und das thaten sowohl die Privatpersonen, als auch die römischen Banquiers, die Argentarien, die abgeschlossenen Geschäfte sofort in die adversaria oder das Notizenbuch ein, und übertrug sie aus diesen monatlich in die eigentlichen Hauptbücher, die codices accepti et expensi, und zwar dürfte diese Uebertragung bei liquiden Geldforderungen ohne nähere Angabe der ursprünglichen Veranlassung der Schuld, bloß in der Maaße geschehen sein, daß man den Betrag der Forderung oder der Schuld auf den Namen seines Schuldners oder Gläubigers eintrug; weshalb diese eingetragenen Schuldposten nomina genannt zu sein scheinen. Es konnten also nur bestimmte und keiner Contestation mehr unterliegende Geldforderungen in das Rechnungsbuch als nomina eingetragen werden; und es mußte daher entweder die Forderung bereits an sich incontestabel sein, oder doch erst incontestabel gemacht werden, ehe sie als nomen in das Buch eingetragen werden konnte. War demnach, ausser dem Falle einer stipulatio, wo die Bücher

---

8) Pauli S. R. V, 7. §. 2. §. 17. I. de inutil. stipulat. (3, 20.). l. 57. D. de donat. int. v. et u. (24, 1.). l. 134. §. 2. D. de V. O. (45, 1.). — l. 14. C. de contrah. et omitt. stipulat. (8, 38.). §. 12. I. de inutil. stipulat. (3, 20.). coll. l. 6. §. 1. l. 7. D. de novationibus (46, 2.). Eine vollständige über eine Stipulation ausgestellte cautio enthält l. 40. D. de rebus creditis (12, 1.). Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 303. coll. §. 307. a. E. Daher heißt es denn auch von einer Bürgschaftsacte: „In stipulationibus fideiussorum sciendum est, hoc generaliter accipi: ut quodcunque sit scriptum quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fideiussisse: videri omnia solemniter acta.“ §. 8. I. de fideiussor. (3, 21.). l. 30. D. de V. O. (45, 1.). Cujacius ad Pauli S. R. l. c.

höchstens als Beweismittel in Betracht gezogen werden konnten, was aber nicht einmal geschehen zu sein scheint, die Schuld durch eine numeratio constituirt, so konnte ohne Weiteres dieselbe als nomen eingetragen werden, weil hier schon durch die bloße Auszahlung eine strenge Verbindlichkeit, die mittelst der condictio certi ex mutuo geltend gemacht werden konnte, vorhanden war. War hiegegen die Schuld noch Contestationen ausgesetzt, konnten z. B. gegen dieselbe, weil sie aus einem zweiseitigen, ex bona fide zu beurtheilenden Rechtsgeschäfte herrührte, noch Einwendungen und Gegenforderungen geltend gemacht werden, so mußten diese zuvörderst beseitigt. mithin eine Verwandlung der Schuld in eine strenge incontestabele vorgenommen werden, ehe sie als nomen in die Bücher eingetragen werden konnte[9]). Zu dieser Umschreibung der Schuld war denn aber ohne Zweifel die Zustimmung beider Theile erforderlich, da hiedurch die Natur der Verpflichtung eine wesentliche Veränderung erlitt. Die beiden bisher erörterten Fälle, die unter der gemeinschaftlichen Benennung des nomina facere vorkommen, unterscheidet nun Gajus genau und bestimmt von einander. Im ersten Fall heißt das nomen ein nomen arcarium, im zweiten ein nomen transscriptitium[10]).

§. 6.

Beide Arten der nomina sind in ihren Rechten wesentlich von einander verschieden. Bei dem nomen arcarium, welches in den Verschreibungen und wohl auch in den Büchern durch die Formel, „ex arca tua“ oder „de domo“ bezeichnet wurde[11])“, und wo bereits durch die numeratio eine obligatio stricti iuris begründet war, hätte die Verwandlung in eine andere obligatio keinen Nutzen gewährt; hier behielt man daher die alte Verpflichtung bei, und die Eintragung in die Bücher diente nur dazu, um ein Beweismittel zu liefern, was der richtigern Meinung nach auch schon in der in dem Buche des Gläubigers verzeichneten expensilatio

---

9) Daß die obligatio ex nomine stricti iuris war, scheint aus l. 1. D. de annuis legatis (33, 1.) hervor zu gehen, wonach das legatum annuum am Orte der Klage geleistet werden soll, „sicut ex stipulatu aut nomine facto petatur.“

10) Gaii Inst. III, 128—133, 138. coll. d. verstümmelte Gaius lib. 2. tit. 9. §. 12, 13. Erb in d. heidelb. Jahrb. v. 1816 S. 99. Vgl. über das Folgende die Ausführung von Kraut de argentariis pag. 90 — 99.

11) l. 40. D. de rebus creditis (12, 1.); l. 26. D. de pecunia constituta (13, 5.). Senecae epistol. 1, 26.

enthalten war, aber, bei gleicher Beweiskraft der Bücher, durch das Buch des Schuldners entkräftet werden konnte [12]). Daher lehrt denn auch Gajus III, 131. von diesen arcariis nominibus:

> . . . in his rerum non literarum obligatio consistit: quippe non aliter valent, quam si numerata sit pecunia; numeratio autem pecuniae iure naturali facit obligationem, qua de causa recte dicemus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factae testimonium praebere.

Ganz anders verhält es sich mit den nominibus transscriptitiis, deren Zweck es gerade war, die alte Obligation zu verwandeln, sei es durch Veränderung der causa debendi, oder des Schuldners, oder in beider Hinsicht. Hiezu bedurfte es eines neuen Rechtsgeschäfts, und das wurde durch die transscriptio nominis vollzogen; mithin lag hier eine wahre literarum obligatio vor; und das in die Bücher eingetragene transscriptitium nomen war zugleich die causa novae obligationis und ein Beweismittel derselben. In diesen beiden Arten von nomina, womit das von Theophilus Angeführte [13]), vielleicht in der Maaße zusammenhängt, daß Letzteres

---

12) Das erhellt aus Cicero pro Roscio Comoed. cap. 1—5, der von dem Gegner, dem Kläger Fannius den Beweis der Forderung durch dessen Codices verlangt, und sich nur gegen die Adversaria desselben verwahrt; ganz besonders aber aus Gellius N. A. lib. XIV. cap. 2, der die expensilatio als ein gewöhnliches Beweismittel für den Gläubiger aufführt; so wie aus Gaius III, 131. Freilich will Unterholzner (üb. d. Rede des Cicero f. d. Schauspieler Roscius in d. Zeitschrift f. geschichtl. Rechtswissenschaft B. 1. S. 259 — 262.) hierin eine Ungereimtheit finden; allein bedenkt man degegen, daß die Bürger bei jedem census die Richtigkeit ihrer Buchführung eidlich erhärten mußten (Diocassius lib. 4. pag. 221); und daß durch die unverdächtigen Bücher des Gegners der Beweis immer wieder entkräftet werden konnte (Cicero l. c. cap. 1), so verliert sich dieses Auffallende gänzlich. Vid. Kraut l. c. pag. 96 — 99. Sehr richtig bemerkt hiebei Erb (a. d. Not. 8. angef. O. S. 100, 1.), daß dieses Beweismittel nur dazu diente, um auf die subjective Ueberzeugung des Richters — der übrigens der römische iudex wohl in der Regel folgte, wenn es sich davon handelte, eine Thatsache als wahr anzunehmen, oder als unrichtig zu verwerfen — zu wirken; und daß daher dasselbe auch wohl auf die Seite gesetzt werden konnte.

13) Theophilus ad §. un. I. de liter. obligat. beschreibt eine zu seiner Zeit veraltete Form der literarum obligatio nach der gewöhnlichen Lesart so: „es sey die Verwandlung einer alten Schuld in eine neue durch Worte und Schrift, indem der Gläubiger zu seinem Schuldner gesagt und ihm zugleich geschrieben habe; „Centum aureos, quos mihi ex causa locationis (aliave) debes, tu ex conventione et confessione literarum tuarum dabis?“ worunter dann der Schuldner zur Antwort geschrieben habe: „Ex conventione debeo literarum

die nähere Beschreibung des der transscriptio nominis vorangehenden Verfahrens enthält, kann nun der Ursprung der exceptio non numeratae pecuniae nicht gefunden werden. Denn wurde ein arcarium nomen eingeklagt, so genügte ein bloßes Abläugnen der numeratio, und mußte der Beklagte nur zugleich auf die Entkräftung der vorhandenen Beweisurkunde Rücksicht nehmen, deren Anfechtung im römischen Sprachgebrauche gewiß nicht exceptio, und am wenigsten exceptio non numeratae pecuniae genannt worden ist. Der Klage aus einem transscriptitium nomen aber konnte anfangs wohl sicher keine aus der Ungültigkeit der novirten Hauptschuld abgeleitete Einrede entgegengesetzt werden, weil dieses dem Zwecke der transscriptio entgegen gewesen wäre, und weil dieses sich nur mittelst der exceptio doli hätte bewirken lassen, welche, ehe Aquilius Gallus zu Ciceros Zeiten die formula doli mali aufgestellt hatte, gegen eine actio stricti iuris nicht gebraucht werden konnte[14]). Später, nachdem die formulae doli mali in Gebrauch gekommen waren, ist in einem solchen Falle aller Wahrscheinlichkeit nach eine Einrede zugelassen[15]), aber der Natur der Sache nach

---

mearum." Am richtigsten findet man hierin mit Schweppe (römische Rechtsgesch. §. 307) und Kraut (l. c. pag. 105) ein Ueberbleibsel des nomen transscriptitium, und wird dabei auch nicht genöthigt, mit v. Savigny (in d. Abhandl. der berlin. Akademie histor. philolog. Classe v. J. 1816. S. 295 — 99) den Theophilus Mißverständnisse zu zeihen; wenn man nur mit Erb (a. d. Not. 8. a. O. S. 98, 99). die andere aus dem Cod. Pith. entlehnte Lesart adoptirt, wonach die Formel der literarum obligatio dahin lautete: „Centum aureos, quos mihi ex causa locationis debes, expensos tibi tuli? Expensos mihi tulisti." Denn unmöglich kann eine transscriptio nominis ohne den Consens beider Theile vollzogen sein; und im Gaius fehlt die Angabe, in welcher Form diese Einwilligung erklärt wurde. Die Beschreibung des Theophilus ergänzt also nur diese Lücke, und paßt übrigens wohl zur Darstellung des Gajus. —

14) Dafür dürfte der bekannte von Cicero (de officiis III, 14.) erzählte Fall, wo Canius vom Pythius mit dem Handel eines Landhauses betrogen wurde, und wo der Kaufpreis sofort in nomina, worunter nur nomina transscriptitia verstanden werden können, gebracht war; denn Cicero erklärt, es habe für den Canius keine Hülfe gegeben, weil damals Aquilius seine formulas doli mali noch nicht aufgestellt gehabt habe. Wäre dieses nämlich der Fall gewesen, so würde dem Canius ausser mit einer actio de dolo, auch wohl noch mit einer exceptio doli wegen des bei'm Handel vorgekommenen dolus, der die novirte Obligation afficirte, und ihm zur Zeit der Transscription noch nicht bekannt war, zu helfen gewesen seyn.

15) A. M. ist Schweppe (röm. Rechtsgeschichte §. 306.), welcher den Schuldner nur mit dem Beweise eines irrthümlich übernommenen indebiti zulassen will; und es scheint hiefür allerdings auf den ersten

nicht eine exceptio non numeratae pecuniae, da dieser literarum obligatio keine pecuniae numeratio zum Grunde lag, sondern wie bei einem constitutum oder einer Novation per stipulationem, nur eine wahre exceptio doli, welche der Beklagte zu erweisen hatte [16]). — Entscheidend ist aber auf jeden Fall der Umstand, daß zu Justinians Zeiten die nomina ausser Gebrauch waren [17]), und gleichwohl die querela und exceptio non numeratae pecuniae noch eine völlig practische Materie waren, und von ihm mit neuen Bestimmungen versehen wurden.

§. 7.

Die syngraphae [18]) und chirographa hingegen haben mit dem Institute der römischen Hausbücher nichts gemein, sondern bestan-

---

Blick der Gegensatz, den Gaius bei den arcariis nominibus macht, „quae non aliter valent, quam si numerata sit pecunia" zu sprechen. Allein dieser Gegensatz scheint in der That auf etwas Anderem zu beruhen, und nur sagen zu wollen, bei dem arcarium nomen existire ohne numeratio gar keine obligatio, während eine solche bei dem transscriptitium nomen wegen der transscriptio jedenfalls stricto iure vorhanden war, auch wenn kein gültiges Geschäft vorher gegangen war. Daß aber in einem Falle der letzteren Art für den Schuldner nicht einmal vermittelst einer exceptio eine Hülfe gewesen sey; folgt nicht. Nur bei dem constitutum der argentarii, woraus gegen dieselben die actio receptitia statt fand, war er bis auf Justinians Zeit gleichgültig, ob dem ein debitum oder ein indebitum zum Grunde lag, was Justinian aber aufhob, weil es zum Systeme des damaligen Rechts nicht passe, welches viele Condictionen enthalte, „quae et pecunias indebitas et promissiones corrumpi et restitui definiunt" (l. 2. pr. in fin. coll. § 2. C. de constit. pecunia, 4, 18.). Dieses behandelt aber Justinian als eine Singularität, und muß sie dafür um so unbezweifelter geachtet werden, weil das gewöhnliche constitutum, wenn es nicht anfechtbar seyn sollte, ein vorhergehendes rechtsbeständiges debitum erforderte (l. 1. §. 6 — 8; l. 3. §. 1., l. 5. §. 2., l. 11. pr. §. 1., l. 12., l. 18. §. 1., l. 19. pr., l. 13. D. eod., 13, 5.), eben so wie die Novation (l. 1. §. 1., l. 2., l. 8. §. 1. D. de novation, 46, 2.).

16) l. 31. D. de constit. pecunia (13, 5.); l. 2. §. 4. D. de donat. (39, 5.). Auf beide bisher erörterten Fälle möchte l. 49. §. 2. D. de peculio (15, 1.), zu beziehen seyn. „Ut debitor vel servus domino, vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est; ideoque si dominus in rationes suas referat, se debere servo suo cum omnino neque mutuum acceperit, neque ulla causa praecesserit debendi, nuda ratio non facit eum debitorem." l. 26. D. 39, 5.

17) §. un. I. de liter. obligat. (3, 22.).

18) Diese finden sich häufig bei Cicero, z. B. in orat. in Verrem lib. 1. cap. 36. und pro domo sua cap. 50. und ad Atticum

den in abgesonderten Schuldverschreibungen, welche über die Schuld ausgefertigt wurden. Zwischen den syngraphis und den übrigen chirographis fand, wie dieses der Scholiast des Cicero, Asconius Pedianus [19]), welcher zur Zeit des Nero lebte, lehrt, der Unterschied statt, daß die letzteren nur über eine wirkliche Schuld ausgestellt zu werden pflegten, den syngraphis hingegen auch fingirte Verpflichtungen zum Grunde lagen, und sie vertragsweise auch in solchen Fällen abgefaßt wurden, wo entweder gar keine, oder doch nicht die volle Valuta gezahlt war. Die syngraphae wurden daher auch von beiden Theilen unterzeichnet und von beiden aufgehoben, die chirographa nur von einem, und wohl natürlich vom Gläubiger. Diese eigenthümliche Form der syngraphae, wobei ihrem Zwecke nach der Einwand, daß sie indebite ausgestellt, oder darauf die Zahlung des Geldes nicht erfolgt sei, nicht zugelassen werden konnte, scheint aber, obwohl der Name blieb, später ausser Gebrauch gekommen, und nur die einseitig vom Schuldner ausgestellte und dem Gläubiger eingehändigte Verschreibung, das chirographum übrig geblieben zu seyn. Denn Gajus, welcher in der gleich anzuführenden Stelle derselben gedenkt, beschreibt sie nur in dieser letzteren Form. Diese Verschreibungen dienten nun nach dem ausdrücklichen Zeugnisse desselben Schriftstellers nicht bloß zum Beweise, sondern constituirten eine wahre literarum obligatio.

> **Praeterea — heißt es dort — literarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se, aut daturum se scribat, quod genus obligationis proprium peregrinorum est [20]).**

Mit den Schlußworten dieser Stelle soll nun wohl nur auf den ausländischen Ursprung des Instituts, und auf den häufigen Gebrauch der chirographa von Seiten der Peregrinen, wenn diese sich der andern Form des Literalcontracts nicht bedienen konnten, hingedeutet, keineswegs aber behauptet werden, daß die römischen Bürger sich desselben gar nicht bedient hätten; denn bereits Seneca erwähnt der chirographa als einer mit den nominibus concurrirenden obligatorischen Form [21]), und kann hiebei doch nur an einen zu verpflichtenden civis gedacht werden.

V, 21.; VI, 2.; die chirographa in jenem besonderen Sinne hat aber Cicero nicht. Cf. Ernesti Clavis Ciceron. s h. verbis.

19) Asconius in Verrem lib. 1. cap. 36. (edit. a. 1644. pag. 94 in fin., 95.) Gothofr. in not. 4. ad l. 1. D. de annuis legatis (33, 1.).

20) Gaii Inst. III, 134.

21) Seneca de beneficiis II, 13.

§. 8.

Lateinisch nannte man diese Schuldverschreibungen cautio chirographi oder auch cautio schlechthin[22]). Ist aber dieses, so finden sich nicht bloß bereits unter Severus und Antoninus Spuren von solchen für eine Schuld ausgestellten cautiones mit der Erwähnung einer daraus abgeleiteten Klage[23]), sondern in einer Constitution von Arcadius, Honorius und Theodosius aus dem Jahre 180 wird ausdrücklich gesagt, daß dadurch eine obligatio literarum begründet werde, indem es dort heißt,

„Si quis debiti, vel quod ex foenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in literarum obligationem facta cautione translatum est . . .[24])."

Mit Recht bemerkt hiebei schon Gothofredus[25]), daß an eine scriptura mensae, das nomen transscriptitium des Gajus, überall nicht gedacht werden könne, sondern die Stelle von der chirographaria pecunia verstanden werden müsse; nur darin läßt sich ihm nicht beipflichten, daß hiemit nur die Aufnahme einer Beweisurkunde über die bereits vorhandene, noch fortdauernde Schuld, aber nicht eine Novation und Verwandlung derselben in eine literarum obligatio gemeint sei, da dieses Letztere nicht bloß die klaren Worte der Constitution mit sich bringen, sondern da solches auch dem uns jetzt aus Gajus näher bekannten Grundsatze der syngraphae und chirographa ganz entsprechend ist[26]), und da sogar im Theodosischen Codex eine certi petitio de chirographis vorkommt[27]).

§. 9.

Diese literarum obligatio ex chirographis fand nun auch, gleich der stipulatio sowohl bei neuen Darlehen, wo dann nicht

---

22) Cicero ad Divers. VII, 18.; und in orat. pro domo sua cap. 50. Ernesti in Clav. Ciceron. s. v. cautio l. 6. C. Th. de denunciat (2, 4.) Kraut l. c. p. 105, 6.

23) l. 1 — 3. C, de n. n. pec. (4, 30.).

24) l. 6. C. Th. de denunciat. (2, 4.); coll. l. 3. eod. verbis; „cum quis ad luendum debitum evidenti chirographo convenitur."

25) ad l. 6. cit. Tom. 1. pag. 120. Vgl. v. Savigny a. a. O. S. 305.

26) Gans Scholien zum Gajus S. 424.

27) l. un. C. Th. si certum petatur de chirographis (3, 1.); ibique Gothofredus Tom. 1. pag. 243, 4; 249. Interpretatio tit. 1. Cod. Hermogen ap. Schulting Jurisprud. Anteiust. pag. 709.

zwei Verpflichtungen, die eine ex mutuo, die andere ex stipulatione eintraten, oder die eine die andere novirte, sondern das Ganze nach der Absicht der Contrahenten nur als ein Contract, und die numeratio implendae stipulationis (vel cautionis) gratia fieri angesehen wurde[28]), als auch zur Novation früherer Obligationen ein, wie solches die Stellen bei Cicero, Asconius, Gajus und im Theodosianischen Codex ergeben. Wie aber, wenn nun nicht wegen einer absichtlichen Fiction, sondern entweder aus irriger Annahme einer früheren obligatio, oder in der Erwartung, daß der Darleiher demnächst auf die Schuldverschreibung hin das versprochene mutuum auszahlen werde, das chirographum ausgestellt, und Letzterem eingehändigt war? Stricto iure konnte dieses den Schuldner nicht befreien, denn das in der Stipulation oder in der cautio geleistete Versprechen war nicht bedingt, sondern schlechthin geleistet; aber gegen die Absicht der Contrahenten, mithin gegen die bona fides würde es allerdings verstoßen haben, wenn der Promittent nun doch hätte zahlen sollen, und deshalb ward, seitdem die Grundsätze über die condictio indebiti und die formulae doli mali bestanden, mit einer exceptio doli geholfen. Es sind aber die beiden Fälle der cauta et non numerata pecunia, und der für eine vermeinte ältere Schuld indebite ausgestellten Verschreibung von einander zu sondern.

§. 10.

Der condictio certi ex chirographo konnte so wie der actio ex stipulatu die exceptio doli entgegen gestellt werden, wenn dem Promittenten ein Darlehn versprochen, aber nicht ausgezahlt war[29]). Allein, was namentlich die erstere Klage betrifft, so wurden nach der Zeit des Gajus, vielleicht schon am Ende des zweiten, gewiß aber im dritten Jahrhunderte, von den Kaisern, namentlich von Antoninus Caracalla Constitutionen erlassen, welche dagegen eine besondere Einrede, die exceptio non numeratae pecuniae zuließen, vermittelst welcher der Beklagte es bewirken konnte, daß der Gläubiger den Beweis, das Darlehn wirklich gegeben zu haben, übernehmen mußte.

> Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperit: exceptione opposita, seu doli, seu non numeratae pecuniae, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur;

---

28) l. 6. §. 1., l. 7. D. de novat. (46, 2.).

29) S. oben Note 4. u. 5. und l. 3. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

heißt es in einer Verordnung von Antoninus [30]), und folgende Kaiser, besonders Alexander Severus und Diocletianus et Maximianus wiederholten die Vorschrift, und gestatteten in einem solchen Falle auch eine condictio obligationis oder eine querela non numeratae pecuniae [31]). Es trat aber hiebei anfangs eine Beschränkung auf 1 Jahr, und seit Diocletianus auf 5 Jahre ein [32]), wofür Justinian bekanntlich 2 Jahre substituirt hat. Der Grund, weshalb bei dieser Einrede und dieser Querel nicht in Gemäßheit der allgemeinen Regel dem, welcher dieselbe zur Hand genommen hatte, die Beweislast auferlegt, sondern dem Gläubiger das Gegentheil, die wirkliche Auszahlung des Darlehns darzuthun angesonnen wurde, liegt nach den Gesetzen in zweierlei, nämlich theils darin, weil häufig dem Darleiher die Schuldverschreibung vor dem wirklichen Empfange des Geldes eingehändigt wird, dem Anführen desselben, es nicht empfangen zu haben, mithin einige Wahrscheinlichkeit zur Seite steht [33]), theils aber auch darin, weil die Behauptung des Schuldners, das Darlehn nicht ausgezahlt bekommen zu haben, eine solche Negation enthält, die sich nicht füglich erweisen läßt [34]).

§. 11.

Durch diese Vorschrift kam nun allerdings die Sache in eine solche Lage, daß ohne numeratio von Anfange an keine wirksame, den Kläger auch nur von der Beweislast befreiende literarum obligatio bestand; aber daraus folgt noch keineswegs, daß nun diese ganze Art von Obligationen weggefallen, und nicht einmal eine an sich begründete Klage aus derselben übrig geblieben sei. Ließ man doch, wenn in einem solchen Falle eine Stipulation statt gefunden hatte, die actio ex stipulatu nach wie vor zu, obwohl man

---

30) l. 3. C. cit.

31) l. 7, 8. C. eod.

32) tit. 1. Cod. Hermogen. de cauta et non numerata pecunia. (ap. Schulting pag. 709 u. im ius civ. Anteiust. Tom. 1. pag. 272.). coll. l. un. §. 3. C. Th. si cert. petatur de chirographis (2, 27.), §. un. I. de liter. oblig. (3, 22.) u. l. 14. pr. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

33) Darauf deuten l. 1, 7. C. de n. n. pecun. (4, 30.); und Theophilus ad §. un. I. de liter. oblig. (3, 22.). Cf. l. 3. C. de dote cauta non numerata (5, 15.).

34) l. 10. C. eod. Duarenus in tit. D. de probat. cap. 12. med. (in Oper. pag. 234. col. 1. med.) Unterholzner im Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 7, 8. ibique cit.

auch gegen diese Klage die exceptio non numeratae pecuniae mit gleicher Wirkung, wie gegen die Klage aus einer Schuldverschreibung gestattete [35]). In der That ist denn auch jene Klage aus der literarum obligatio keineswegs aus dem jetzt geltenden römischen Rechte ganz verschwunden. Denn nicht nur, daß in der im vorhergehenden Paragraphen angeführten Stelle des Codex der Klage aus einer cautio ausdrücklich Erwähnung geschieht, so sagt auch Justinian und mit ihm Theophilus in den Institutionen nur, daß die obligatio ex nominibus nicht mehr in Gebrauch sey, keineswegs aber, daß gar keine literarum obligatio mehr existire; ja im Gegentheil erwähnt er ausdrücklich eine solche, so wie eine ex scriptura hervorgehende condictio. Freilich soll diese erst eintreten, nachdem die Zeiten der querela und exceptio non numeratae pecuniae abgelaufen sind; allein, da durch den bloßen Zeitablauf doch nicht füglich eine ganz neue Klage entstehen kann, so ist das sicher so zu verstehen, daß dann eine wirksame literarum obligatio eintrete, welche nicht mehr durch die Behauptung non numeratam esse pecuniam, niedergeschlagen werden könne, wie dieses auch noch insonderheit aus dem beschränkenden Zusatze, „cessante scilicet verborum obligatione", bei deren Vorhandensein nämlich die Urkunde nur als ein Beweisdocument angesehen wurde, hervorgeht [36]). Diese Ansicht führt denn dahin, die exceptio non numeratae pecuniae als eine wahre Einrede anzusehen, wie ihr Name dieses verkündigt, deren Gebrauch aber auf eine gewisse Zeit beschränkt ist. Und obwohl es nach den eigenthümlichen Wirkungen dieser exceptio in vielen Beziehungen gleichgültig erscheint, ob man sie als eine wahre Einrede, oder vielmehr als eine negative Einlassung betrachtet; so hat das doch in anderen Hinsichten sehr wichtige practische Folgen. Sieht man z. B. diese exceptio als eine wahre Einrede an, so ist die Klage durch die Schuldverschreibung an sich begründet, und die Einrede muß bei Verlust derselben gleich der Einlassung beigefügt werden.

§. 12.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn über eine ältere Schuld eine Verschreibung ausgestellt wird. Hier kann natürlich nicht in Frage kommen, ob pecunia numerata sit nec ne, sondern nur, ob die vorhergehende Schuld Rechtsbestand hat oder nicht. Denn — heißt es in einer Constitution von Alexander Severus —

---

35) S. oben Not. 3 — 5.

36) Cf. Kraut l. c. pag. 101, 2.

. . . . Ignorare non debes, non numeratae pecuniae exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur. Cum autem ex praecedente causa debiti in chirographum quantitas redigitur, non requiritur, an tunc, cum cavebatur, numerata sit; sed an iusta causa debiti praecesserit [37]).

Bei dieser Ausstellung einer Urkunde über eine frühere Schuld kann nun aber eine dreifache Absicht obwalten, entweder sie soll bloß zum Beweise dienen, oder sie hat den Zweck, die ältere Schuld in eine neue zu verwandeln, oder aber nur dieselbe anzuerkennen und zugleich dem Gläubiger die Berichtigung derselben zu versprechen.

§. 13.

Wird zuvörderst die Urkunde bloß zu dem Ende ausgestellt, um den Gläubiger von der Schuld zu benachrichtigen, sie anzuerkennen oder dem Gläubiger darüber ein Beweismittel in die Hände zu liefern, so liegt in der Ausstellung derselben nicht die Eingehung einer neuen Verbindlichkeit, denn das ist nicht in der Absicht des Ausstellers enthalten; eben so wenig, als wenn er den Titel der alten Schuld in der Urkunde wiederholt, und dann nur auf diesen Titel hin, ohne ein neues selbstständiges Versprechen hinzuzufügen, die Berichtigung der Schuld verheißt. In diesem Falle entsteht nun durch die Scriptur keine Verbindlichkeit, sondern sie dient nur zum Beweise der schon früher vorhandenen. Dieses ergiebt auf das Bestimmteste l. 26. §. 2. D. depositi. Hier heißt es

„Titius Sempronii salutem; Habere me a vobis auri pondo plus minus decem, et discos duos, saccum signatum: ex quibus debetis mihi decem, quos apud Titium deposuistis: item quos Trophimati decem: item ex ratione patris vestri decem, et quod excurrit: Quaero, an ex huiusmodi scriptura aliqua obligatio nata sit, scilicet quod ad solam pecuniae causam attinet? Respondit, ex epistola, de qua quaeritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationem depositarum rerum impleri posse. ....."

Also das briefliche Bekenntniß, die Gegenstände für den Anderen in Deposito zu haben, begründet keine besondere Verpflichtung, sie liefert nur ein Beweismittel für die Deposition. Dasselbe verordnet ebenfalls l. 31. D. de probationibus (22, 3.):

„Commemorationem in chirographo pecuniarum, quae ex alia causa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere;"

37) l. 5. C. de non n. pecunia (4, 30.).

welche Stelle nicht davon, daß das referens sine relato nichts beweise, verstanden werden kann; weil es nicht heißt, daß eine solche Erwähnung einer auf einem anderen Titel beruhenden Schuld in einer Urkunde kein Beweis liefere, sondern daß sie keine Verpflichtung begründe.

§. 14.

Die Novation vermittelst einer cautio, welche, wie wir gesehen haben, in älteren Zeiten sehr üblich war, scheint aber zu Justinians Zeit ausser Gebrauch gekommen zu seyn, denn es finden sich nur Stipulation und Litiscontestation als Formen der Novation erwähnt[38]). Dieses hat vielleicht seinen Grund darin, daß die Novation eine ausdrückliche Zustimmung des andern Contrahenten, der dadurch seine Rechte aus der älteren Forderung verlieren sollte, erforderte, also doch die Form eines zweiseitigen Vertrages nöthig gewesen wäre, und daß man später über Stipulationen häufig Urkunden aufnahm, ohne dann einen besonderen Beweis darüber zu erfordern, daß alle Solemnitäten gehörig beobachtet seien. Bei uns, die wir statt der Stipulationen nuda pacta, wobei die Form der Willenserklärung gleichgültig ist, haben, kann nun bei der Novation eine Scriptur auf zwiefache Weise vorkommen, entweder als der Akt, wodurch die Contrahenten ihre Zustimmung erklären, oder indem der Promittent nach mündlicher Vereinbarung der Novation darüber dem Gläubiger eine Verschreibung ausstellt. Weder in dem einen noch in dem andern Falle tritt eine literarum obligatio ein; in dem ersteren nicht, weil hier die Scriptur nur als Mittel der Willenserklärung dient, in dem letzteren nicht, weil sie nur ein Beweismittel über die bereits anderweitig vereinbarte Willenserklärung abgiebt. Was dagegen die Ausstellung einer Urkunde bloß zum Anerkenntniß einer Schuld, verbunden mit dem Versprechen, die eigene oder fremde Verbindlichkeit zu erfüllen, anbetrifft, so liegt hierin ein constitutum[39]). Allein, wenn auch das constitutum in einer Verschreibung, oder in einem Briefe vorgenommen war, wie sich davon in den Gesetzen viele Beispiele finden[40]), so begründete dieses doch eben so wenig

---

38) l. 1. §. 1, l. 2., l. 11. §. 1, l. 29. D. de novat. (46, 2.); l. 24. D. de pecun. constit. (13, 5.)

39) §. 9. I. de action (4, 6.), Lauterbach colleg. lib. 13. tit. 5. §. 1.

40) l. 5. §. 3, l. 14. §. 3, l. 24, l. 31. D. de pecun. const. (13, 5.).

als der schriftliche Abschluß eines Kaufcontracts, eine eigentliche literarum obligatio. Denn die Scriptur bildet hier nicht die wesentliche Form des Rechtsgeschäftes, sondern kommt nur als Mittel zur Erklärung der Meinung des Constituenten in Betracht. Aber es kann allerdings aus einer solchen Urkunde, als der das constitutum enthaltenden und zugleich beweisenden Urkunde, die actio pecuniae constitutae angestellt werden, und bedarf es zur Begründung dieser Klage an sich weiter nichts; denn, obwohl zur Gültigkeit des constituti eine vorhergehende rechtsbeständige Schuld gehört [41]), so enthält doch das constitutum ein Anerkenntniß derselben von Seiten des Schuldners, und es liegt daher diesem ob, aus der etwaigen Unverbindlichkeit der constituirten Schuld eine Einrede gegen die actio pecuniae constitutae herzunehmen.

§. 15.

Geschieht nun dieses, so entsteht, wie bei vorgeschützter exceptio non numeratae pecuniae, die Frage nach der Beweislast. Diese würde aber nach allgemeinen Grundsätzen unbedenklich den Constituenten treffen. Dagegen verordnet nun aber Justinus:

> Generaliter sancimus: ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non iam ei licentia sit causae probationem stipulatorem [42]) exigere, cum suis confessionibus acquiescere debeat; nisi certe ipse e contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inserta, religionem iudicis possit instruere, quod in alium quemquam modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit. Nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere [43]).

Hiemit hängt auf das Genaueste eine, der Ueberschrift nach zwar von Paulus herrührende, aber ersichtlich nach Justins Constitution interpolirte Stelle in den Pandecten zusammen; wo, nachdem der

---

41) S. oben Not. 15. a. E.

42) Die hier von Unterholzner (Archiv B. 7. S. 51, 2.) vorgeschlagene Emendation „a stipulatore“ ist ganz unnöthig und willkührlich. Vid. Cramer in programm., cui inest ad Gellium excursuum Trias. Kiliae 1827. 4. pag. 33 — 38.

43) l. 13. C. de n. n. pecun. (4, 30.).

Jurist ausführlich entwickelt hat, wen bei angestellter condictio indebiti hinsichtlich des behaupteten indebiti die Beweislast trifft, wenn von der Zurückforderung einer geleisteten Zahlung die Rede ist, hinzugefügt wird:

Sed haec ubi de solutione indebiti quaestio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur, tunc eum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere; nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit, sese haec indebite promisisse[44]).

§. 16.

Stellt mithin Jemand eine Schuldverschreibung über eine schon vorher contrahirte Schuld aus, und giebt er in derselben den Titel dieser älteren Schuld speciell an, so soll sie wider ihn einen vollen Beweis liefern, wenn er nicht mittelst eines Urkun-

---

44) l. 25 §. 4. D. de probat. (22, 3.). Die Stelle findet sich im canonischen Rechte (c. 14. X. de fide instrument. 12, 22.) mit folgenden Worten wiederholt: „Si cautio, quam a te indebite proponis expositam, indeterminate loquatur, adversarius tuus tenetur ostendere debitum quod continetur in ea. Sed si causam, propter quam huiusmodi scriptura processerit, expresseris in eadem, confessioni tuae statur, nisi probaveris, te id indebite promisisse.“ Obwohl nun diese Stelle von der des römischen Rechts darin abweicht, daß sie den Aussteller der Verschreibung bei seinem Beweise des indebiti nicht ausdrücklich auf den Urkundenbeweis einschränkt, so kann doch darin keine Aenderung des römischen Rechts in der fraglichen Beziehung gefunden werden, da das canonische Recht nur eine Vorschrift über die Beweislast enthält, über die Beweismittel aber schweigt, mithin die im römischen Rechte über letztere enthaltene Bestimmung nicht geändert ist. (Unterholzner l. modo cit. S. 4. u. 5.); auch eine solche Aenderung um so weniger angenommen werden kann, da die Glossatoren jene Vorschrift noch fortwährend als gültig ansahen (Glossa ad l. 25. §. 4. D. de probat. und ad l. 13. C. de n. n. pecunia), und da man Unterholzner schwerlich in der Behauptung beipflichten kann, daß nach der l. 14. C. de contrah. vel committ. stipulat. (8, 38.) auch ein Zeugenbeweis zugelassen werden müsse; denn die eventuelle Gestattung des Zeugenbeweises in dem Falle dieses letzteren Gesetzes bezieht sich nur auf ein behauptetes Alibi bei einer die Gegenwart der Contrahenten erfordernden Stipulation, und beruht die dabei gemachte Ausnahme offenbar nur darauf, daß, wenn man überhaupt den Beweis des Alibi zulassen wollte, man dabei dem Beweisführer unmöglich den Zeugenbeweis ganz abschneiden und ihn lediglich auf den Urkundenbeweis beschränken konnte.

denbeweises eine Simulation oder ein indebitum darzuthun vermöchte. Das ist in beiden Stellen klar enthalten und unbestritten. Hiebei stehen wir denn auch noch gar nicht im Gebiete einer literarum obligatio, denn ist die Urkunde bloß zur Anerkennung und als Beweismittel der alten Verpflichtung aufgenommen, so bleibt die Klage aus dieser letzteren, das Fundament derselben aber wird durch das Geständniß des Schuldners in der Urkunde dargethan. Wäre nun aber sogar in der Verschreibung ein constitutum hinzugefügt, und würde aus derselben die actio pecuniae constitutae angestellt, so könnte die volle Beweiskraft der Urkunde noch um so weniger in Zweifel gezogen werden, da sie nicht bloß das schon allein die Klage begründende constitutum sowohl enthält als beweist, sondern auch noch ausserdem über das demselben zum Grunde liegende, und zu seinem Rechtsbestande erforderliche debitum antecedens ein specielles Geständniß des Schuldners in sich faßt. Ganz dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn in der Urkunde die Novation einer älteren Schuld enthalten, und die durch die Novation aufgehobene Forderung speciell darin erwähnt ist. — Viel zweifelhafter und schwieriger ist der entgegengesetzte Fall der cautio indiscreta, oder der Fall, wo die causa debiti antecedens sich in der Schuldurkunde nicht ausgedrückt findet.

§. 17.

In den beiden angeführten Stellen ist nämlich so viel klar enthalten, daß, wenn in der Schuldverschreibung die causa debendi gar nicht angegeben ist, derjenige, welcher daraus Rechte ableiten will, erforderlichen Falls den Beweis übernehmen muß, daß ihr eine wirkliche Schuld zum Grunde liegt; und es erscheint als reine Willkühr, wenn Manche jene Gesetze in solchen Fällen, wo sich der Grund der Schuld muthmaßlich angeben läßt, obwohl er in der Urkunde nicht ausgedrückt ist, nicht zur Anwendung bringen wollen[45]), und aus diesem Gesichtspunkte namentlich dieselben dann ganz auf die Seite setzen, wenn von Schuldverhältnissen unter Kaufleuten die Rede ist, weil hier die Qualität der Personen auf eine kaufmännische Verpflichtung schließen lasse[46]). — —

---

45) Hartm. Pistoris observat. singul. obs. 39, 2. (in Oper. pag. 1436.) Carpzov definit. for. P. 1. const. 17. def. 39. nr. 7 — 9.

46) Stryck U. M. P lib 22. tit. 4. §. 1. Er citirt hiebei noch Marquard de iure mercat. lib. 1. cap. 14. nr. 11.; bei diesem aber findet sich der Satz gar nicht, sondern nur die Behauptung, daß die unterlassene ausdrückliche Angabe der causa debendi unschädlich sei, wenn sie aus den Umständen von selbst hervorgehe.

Zweifelhafter erscheint aber die Frage, was zu der in den Gesetzen erforderten speciellen Angaben der causa debendi gehöre? — Um diese Frage auf eine genügende Weise entscheiden zu können, erscheint es nothwendig, den Grund der Vorschrift näher zu erforschen. In dem Gesetze selbst findet derselbe sich nicht angegeben; gewöhnlich aber setzt man ihn darin, „weil — um Webers Worte zu gebrauchen — alle Richtigkeit einer Forderung darauf beruhe, ob sie einen wahren und rechtlichen Grund für sich habe; Urkunden also, die hierüber keine Auskunft gäben, das wesentlichste und vorzüglichste Erforderniß aller vorkommenden Ansprüche der Untersuchung des Richters ganz entziehen würden;" und weil bei einer persönlichen Klage auch der s. g. entferntere Klagegrund bestimmt angegeben werden müsse [47]).

Geht man von dieser Ansicht der Sache aus, wobei man annimmt, daß es keine persönliche Klage gibt, in deren Formel nicht zugleich eine besondere obligatorische Begebenheit mit ausgedrückt werden muß, so ergiebt es sich ganz von selbst, daß die cautio indiscreta als Beweismittel nicht ausreichend sein kann. Denn in der Klage muß dann immer noch ein Mehreres, als was die Urkunde enthält, geltend gemacht werden, und könnte zum Beweise dieses Mehreren, oder der noch ausserdem vom Gläubiger angeführten causa debendi, die Urkunde nicht benutzt, sondern dieselbe stets vom Beklagten durch das Abläugnen ihres Zusammenhanges mit den in der Klage behaupteten specielleren Thatumständen entkräftet werden. — Es würde aber aus dieser Erklärung zugleich hervorgehen, daß da, wo die specielle Angabe der vorhergegangenen Schuld nicht in die Formel der Klage gehört, die Urkunde auch nicht als eine cautio indiscreta angesehen, und zum Beweise für untüchtig nicht geachtet werden könnte. Enthielte mithin die Urkunde eine Novation oder ein constitutum ohne specielle Angabe der novirten oder constituirten Schuld, so würde durch sie demohngeachtet bei der actio pecuniae constitutae oder der actio ex stipulatu aus der Novation ein voller Beweis geführt werden können [48]). Auch müßte man dann consequenter Weise bei uns, wo jeder Vertrag auch ohne Stipulationsform klagbar ist, und da in der Ausstellung und Annahme einer Urkunde die genugsame Willenserklärung liegt, jede Schuldverschreibung für vollständig bewei-

---

47) Weber Beitr. z. d. Lehre v. Klagen u. Einreden St. 2. u. 3. Nr. 13. S. 81—83. Unterholzner a. a. O. B. 7. S. 2.

48) Boehmer de actionibus. Sect. 2. cap. 7. §. 23. Schmidt Lehrb. v. gerichtl. Klagen §. 741.

send achten, worin nur der Aussteller dem Gläubiger, obwohl ohne Angabe der Veranlassung oder des Zweckes, ein bestimmtes Versprechen geleistet hätte.

§. 18.

Diese Erklärung erscheint aber als sehr bedenklich; denn auf diesen Gesichtspunkt deuten die Gesetze auch nicht entfernt hin; und wird ja namentlich bei einer stipulatio nicht von Amtswegen darnach gefragt, ob auch ein gehöriger Grund zur Leistung des Versprechens vorhanden gewesen ist. Auch ist es ja sonst nicht die Pflicht des Gläubigers, die rechtmäßige Entstehung einer vom Schuldner anerkannten Verpflichtung darzulegen, sondern vielmehr die Sache des Letzteren, seine etwaigen Einreden dawider geltend zu machen [49]), und würde aus der gegentheiligen Ansicht folgen, daß eine Klage aus einer solchen Urkunde von dem Richter gar nicht angenommen werden dürfte.

Dieser Ansicht steht ferner auch der Umstand entgegen, daß eine Anfechtung der cautio als einer indebite ausgestellten verlangt wird; was offenbar weiter geht, als die bloße Bestreitung ihrer Beweiskraft. Denn wird sie als indebite ausgestellt verworfen, so ist damit zugleich ausgesprochen, es sei keine obligatio vorhanden, und es findet gar keine weitere Klage statt; wird sie aber nur als unbeweisend verworfen, so bleibt eine anderweit zu begründende und zu beweisende Klage noch immer zulässig. Ferner redet die Pandektenstelle so allgemein, daß sie auch auf den Fall bezogen werden muß, wenn der Aussteller der Urkunde sie mit einer condictio, wodurch er dann aber die Befreiung von der ganzen obligatio als einer indebita fordert, wie eine solche Klage auch bei einer irrthümlich vollzogenen indebita stipulatio vorkommt [50]), zurück verlangt. Würde nun aber die Urkunde in den Gesetzen bloß als ein mangelhaftes Beweisdocument betrachtet, so wäre nicht abzusehen, wie dieser Umstand den Schuldner berechtigen könnte, dasselbe dem Gläubiger zu entziehen; und wie er dadurch seine condictio auf Befreiung von der übernommenen Verpflichtung ohne

---

49) Hommel rhapsod. quaest. Vol. 5. obs. 890.

50) l. 31. D. de condict. indeb. (12, 6.); l. 1. pr., l. 3. D. de condict. sine causa (12, 7.); l. 5. §. 1. D. de act. empti (19, 1.); l. 2. §. 4. D. de donat. (39, 5); l. 12. D. de novat. (46, 2.); l. 3, 4. C. de condict. indeb. (4, 5.); l. 4. C. de condict. ex lege (4, 9.); l. 2. pr. vers. fin. C. de constituta pecunia (4, 18.); coll. §. 1. I. de exceptiou. (4, 13.); l. 2. §. 3. D. de doli mali et met. except. (44, 4.).

weiteren Beweis des indebiti gründen, und der Beklagte zum Beweise eines vorhandenen debiti verpflichtet werden könnte. Daß endlich selbst eine indiscrete Schuldverschreibung, sie mag nun über eine erst neuerdings contrahirte Verpflichtung ausgestellt seyn, oder das constitutum oder die Novation einer früheren Schuld enthalten, zur Begründung der Klage genüge, ist bereits oben entwickelt. So lange demnach die Urkunde mit der condictio oder exceptio indebiti nicht angefochten ist, bleibt sie völlig bei Kräften; und selbst dann wird sie keinesweges ganz ungültig, sondern der Gegner muß nur den Beweis, daß der Urkunde eine Schuld zum Grunde liegt, auf sich nehmen, und ist es ihm hiebei theils unbenommen sich jener Urkunde zum Beweise, daß überall eine Schuld vorhanden sei, mit zu bedienen, theils kann sie für ihn noch immer dann wichtig werden, wenn er die Existenz der Schuld im Allgemeinen auf andere Weise dargethan hat. Denn dann würde er, was die Größe und die vom Schuldner anerkannte Liquidität derselben anbetrifft, immer noch jene Urkunde zum alleinigen Beweise gebrauchen können, und würde der Aussteller zu dem Beweise etwaiger anderer Einreden oder eines vielleicht von ihm behaupteten theilweisen indebiti verpflichtet sein [51]). Mit Recht lehrt daher Glück [52]), daß der Aussteller einer indiscreten Schuldverschreibung eine Erklärung über ihre Aechtheit nicht ablehnen könne; und eben so dürfte die Meinung derer den Vorzug verdienen, welche annehmen, daß darauf eine Executiv-Klage — die dann freilich durch das bloße Vorschützen der exceptio indebiti elidirt und dadurch das ordentliche Verfahren herbei geführt werden würde — gegründet werden könne [53]).

§. 19.

Nun entsteht freilich daraus, wenn man erst die Anfechtung der Schuldverschreibung als einer indebite ausgestellten verlangt, die neue Schwierigkeit, daß es alsdann scheint, als habe unter der

---

51) arg. l. 25. §. 2. D. de probat. (22, 3.).

52) Erläuter. der Pandekten. B. 22. S. 57, 58.

53) Carpzov definit. for. P. 1. const. 17. def. 39. — Claproth summar. Proz. §. 161. in fin. §. 169. init. Wenn Weber a. d. Note 47. a. O. mit den mehrsten Andern z. B. Colerus (de processibus executivis p. 4. cap. 1. nr. 90.), Mevius (Decis. p. 4. dec. 372.), Stryck (l. not. 46. cit.), und Glück a. a. O. das Gegentheil lehrt, so rührt das von der im Text als unrichtig bestrittenen Ansicht her, daß eine solche Urkunde an sich keine beweisende Kraft habe.

Voraussetzung die Beweislast nicht so wie geschehen, vertheilt werden können. Denn, wer die condictio oder exceptio indebiti zur Hand nimmt, dem liegt es nach der Regel, daß der Kläger das Fundament seiner Klage, und der Beklagte den Grund seiner Einrede zu erweisen hat, ob darzuthun, daß gar keine Schuld vorhanden, sondern vielmehr das Dasein derselben bloß aus Irrthum angenommen worden ist. Gleichwohl soll nun aber, wenn der Schuldner die von ihm ohne Angabe einer causa debendi ausgestellte Schuldverschreibung auf solche Weise ansicht, nicht ihn die Beweislast treffen, sondern vielmehr der Gläubiger die wirkliche Existenz einer Schuld beweisen. In der That liegt aber hierin kein Widerspruch; denn es bildet das zwar die Regel, daß der Kläger den Grund seiner Klage wie der Beklagte den seiner Einrede zu erweisen hat; allein diese Regel erleidet mehrfache Ausnahme. Eine Ausnahme der Art ist nun die, wenn das Fundament der Klage oder Einrede eine solche Negative enthält, die sich nicht erweisen läßt. Denn, obwohl es gewiß zu weit gegangen ist, den Kläger oder den Beklagten deshalb immer von der Beweislast befreien zu wollen, wenn das Fundament ihrer Klage oder ihrer Einrede eine Negative bildet, vielmehr es demohngeachtet bei der gesetzlichen Regel verbleiben muß, wenn die Negative von der Beschaffenheit ist, daß sie in gewöhnlichen Fällen sich noch wohl darthun läßt; so leidet jene Regel doch dann eine Ausnahme, wenn das Negative auf etwas so Vages und Unbestimmtes hinausgeht, daß der Beweis desselben, von einer unsichern Eidesdelation, zu welcher man einen Beweisführer nicht wohl nöthigen kann, abgesehen, so gut wie unmöglich erscheint [54]).

§. 20.

Ist nun aber dieser Umstand schon ein genügender Grund, um dem Gläubiger, der aus einer Darlehnsverschreibung, also aus einer mit einer causa debendi versehenen Urkunde klagt, bei vorgeschützter Einrede des nicht empfangenen Geldes den Beweis der Zahlung aufzuerlegen, so muß er noch um so mehr dahin führen, dem, zu dessen Gunsten die Verschreibung lautet den Beweis einer

---

54) Duarenus l. c. pag. 234. col. 1. vers. fin.: „Diximus omnino id definiri non posse, sed committi arbitrio iudicis: debetque bonus et prudens iudex inspicere, quid iustius et aequius sit, ex negotii circumstantiis. In dubio tamen sequenda est regula (sc. daß die Negative nicht bewiesen zu werden braucht) quae magna ratione et aequitate nititur. Absurdum sane est cogere actorem ad id probandum, quod probari non potest.

ihr zum Grunde liegenden wahren Schuld aufzuerlegen, wenn sie indiscrete gefaßt ist, und vom Aussteller mit der condictio oder exceptio indebiti angefochten wird. Denn wie soll Jemand, der einem Andern eine so vage Verschreibung, als er bekenne ihm so viel schuldig zu seyn, oder er verspreche ihm diese oder jene Summe zu entrichten, den Beweis führen, dieses Versprechen, zu welchem ja möglicher Weise jeder denkbare Verpflichtungsgrund die Veranlassung gegeben haben könnte, ohne alle Verbindlichkeit dazu geleistet zu haben; während, wenn in der Verschreibung die causa debendi angegeben ist, diese Angabe ihm doch einen festen Angriffspunkt darbietet, und es zu seinem Obsiege genügt, wenn er diese angegebene causa nur als irrig darzustellen vermag. Daß es nun aber auch dieser Gesichtspunkt ist, aus welchem die gedachte Vorschrift gewürdigt werden muß, ergiebt der Zusammenhang der l. 25. D. de probationibus völlig klar. Die ganze Stelle handelt von der Beweislast bei der condictio indebiti, wie dieses gleich die Einleitungsworte andeuten. Hiebei wird nun zunächst im pr. bis §. 3. der Fall erörtert, wenn der Kläger behauptet, er habe eine Sache oder Geld indebite hingegeben, und in diesem Falle zwar im Ganzen ihm der Beweis, aus Irrthum eine Nichtschuld bezahlt zu haben, auferlegt, aber doch in einzelnen Fällen von dem Gläubiger der Beweis eines erhaltenen debiti gefordert. Im Gegensatz von dieser solutione indebiti, heißt es nun im §. 4., wenn aber von einer Schuldverschreibung behauptet werde, sie sei indebite ausgestellt, so komme es darauf an, ob sie indiscrete rede, oder ob die causae debendi darin speciell auseinander gesetzt seien. In dem letzteren Fall müsse der Aussteller beweisen, daß er das Versprechen indebite geleistet habe, im ersteren der Gläubiger, daß eine Schuld dabei zum Grunde liege, „debitum esse, quod in cautionem deduxit.“ Die Ausdrücke „in cautionem deducere“ die ganz denen „in stipulatum deducere“ entsprechen, bezeichnen aber offenbar die Einkleidung der Schuld in die Form einer cautio, und würden jene Ausdrücke schwerlich gebraucht sein, wenn jene Form nicht gleich der Stipulation ein Klagerecht ertheilte. Nur dann also, wenn der condictio ex cautione die Einrede des indebiti opponirt wird, oder wenn wegen einer irrthümlich übernommenen Verpflichtung auf Liberation geklagt wird, kann jenes Gesetz zur Anwendung kommen; wird aber jener erst gedachten Klage der erwähnte Einwand nicht entgegnet, so behält auch die blos auf die Verschreibung gegründete Klage Rechtsbestand. Wird ja doch dieser Fall als das Seitenstück zu dem behandelt, wo der Aussteller einer Schuldverschreibung sie mit der querela oder exceptio non nume-

ratae pecuniae, welche letztere gezeigter Maaßen der condictio ex chirographo entgegen steht, anficht[55]).

§. 21.

Aus dieser Ansicht der Sache ergiebt sich nun aber, daß der Stipulator auch da den Beweis übernehmen muß, wo durch die Ausstellung der Schuldverschreibung ein constitutum oder eine Novation vorgenommen worden ist, ohne daß die constituirte oder novirte Schuld speciell in derselben angegeben worden wäre. Denn nicht nur, daß die Worte der l. 13. C. de non num. pecunia „Generaliter sancimus: ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscunque pecuniis ex antecedente causa descendentibus“ auch diesen Fall offenbar mit begreifen, ja vorzugsweise für denselben, namentlich auf den Fall eines constituti passen, und in demselben das Dasein und der Rechtsbestand einer älteren Schuld zur Gültigkeit der neuen Verpflichtung wesentliche Erfordernisse sind, so tritt hier auch in ganz gleicher Maaße der gesetzliche Grund ein. Ist die vorhergehende causa debendi bestimmt und speciell angegeben, so gewinnt nicht bloß das neue schriftliche Schuldbekenntniß an innerer Wahrscheinlichkeit, sondern es bleibt der Gegenbeweis der irrigen Annahme einer älteren Schuld auch noch wohl möglich. Lautete aber die Verschreibung bloß dahin, daß man die früher schuldig gewordene Summe hiemit zu bezahlen verspreche, oder daß man statt der früheren Schuld jetzt dieses oder jenes verspreche, so würde es für den Schuldner rein unmöglich sein darzuthun, daß er hiebei von der irrigen Voraussetzung einer vorhandenen Schuld ausgegangen sei. Mithin muß wegen der Unmöglichkeit, diese Negative darzuthun, der Gegner den Beweis des Gegentheils, daß nämlich wirklich eine Schuld vorher gegangen sei, übernehmen. — Es folgt aber aus jener Ansicht auch ferner, daß die Beweislast ganz nach denselben Grundsätzen und Unterscheidungen zu vertheilen ist, wenn es sich nicht von einer cautio sondern von einer Stipulation oder einem mündlichen Versprechen handelt, welches als indebite ausgestellt condicirt oder mit der exceptio doli angefochten wird[56]). Es geht endlich aus jener Ansicht her-

---

55) Diese Ansicht, freilich ohne die Umkehrung der Beweislast bei der cautio indiscreta zu erklären und ohne hiebei auf die condictio ex chirographo Rücksicht zu nehmen, findet sich bereits in Giphanii explanat. leg. Cod. ad l. 13. C. de n. n. pec. (Tom. 2. pag. 269 — 271.).

56) Lauterbach colleg. lib. 12. tit. 6. §. 24. ibique Tabul. lit. B. et lib. 22. tit. 4. §. 39. in fin. — Hofacker principia Tom. 3. §. 3090.; — Gail observ. lib. 2. obs. 13. nr. 9.

vor, daß, wenn auch nicht gerade die vorhergehende causa debendi in solcher Maaße angegeben worden ist, daß eine bestimmte obligatio aus derselben hervorgeht, die Beweislast doch den Gegner treffen muß, wenn nur die Veranlassung der Ausstellung der Schuldverschreibung so speciell erwähnt ist, daß im Falle eines dabei obwaltenden Irrthums dem Schuldner bestimmte Data um denselben aufdecken zu können, an die Hand gegeben sind. Hätte z. B. ein Kaufmann den Passivsaldo einer ihm von seinem Handlungsfreunde zugesandten Conto-Courant brieflich anerkannt, und er wollte demnächst behaupten, es sei das indebite geschehen, so würde er den Beweis dieser seiner Behauptung übernehmen müssen, da er in der ihm eingehändigten Rechnung die einzelnen Posten verzeichnet besitzt, rücksichtlich deren der Irrthum vorgefallen seyn müßte, und derselbe sich mithin leicht aufdecken und nachweisen ließe.

§. 22.

Als daher in der, am 20sten Febr. 1826 von dem Oberappellationsgerichte entschiedenen Rechtssache des Wallersteinischen Contradictors c. Bing dem Letzteren, welcher im Concurse eine hypothekarische Forderung von 10,000 fl. liquidirt hatte, als deren Titel in der Insatzurkunde angegeben war, die Hypothek sei bestellt „um und für 10,000 fl. zu des Constituenten Nutzen, theils baar, theils in fälligen und zurück gegebenen Wechseln vorgeliehenen Geldes", von dem Contradictor eingewandt war, es sei in dieser Schuldverschreibung die causa debendi nicht gehörig angegeben, indem namentlich nicht gesagt worden, wie viel das baar, und wie viel das in zurückgegebenen Wechseln dargeliehene Geld betragen habe, auch sei die ganze Schuld nur zur Verkürzung der Gläubiger fingirt; so erachtete das Oberappellationsgericht, da das einschlagende frankfurtische Recht in diesem Stücke nur das gemeine wiederholt [57]), jene Angabe für speciell genug, und ließ daher dem Contradictor nur noch die Beweise des indebiti und der Simulation nach. In einer zweiten frankfurtischen Rechtssache, Benack c. Pflüger, wurde aus einer von dem Letzteren ausgestellten Schuldverschreibung geklagt, worin derselbe einen ihm an dem Tage von dem Gegner übergebenen Rechnungsauszug, nach welchem er demselben eine gewisse benannte Summe schuldig geworden sei, sowohl im Ganzen als in jedem einzelnen Posten als richtig anerkannt, und sich verpflichtet hatte, diese Summe nebst Verzugszinsen aufs baldigste ab-

---

57) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 17. §. 13, 14.; vgl. mit d. alt. Reformat. fol. 28. §. 4, 5, u. 7.

zutragen. Aus dieser Schuldverschreibung wurde nun, sogar unter Beifügung einer Abschrift des Rechnungsauszuges, gegen den Aussteller Klage erhoben, und vertheidigte sich derselbe unter andern damit, daß die causa debiti antecedens in der Urkunde nicht speciell angegeben, mithin dieselbe zum Beweise der aufgestellten Forderung nicht genügend sei, weshalb er auch eine Erklärung über die Aechtheit derselben ablehnte, und die Aechtheit des beigefügten Rechnungsauszuges in Abrede stellte, ohne gleichwohl den ihm zugestellten beizubringen. Mittelst Erkenntnisses vom 13ten Februar 1826 verurtheilte ihn aber das Oberappellationsgericht zu solcher Erklärung, und behielt ihm für den Fall, daß dieselbe anerkennend ausfallen sollte, nur den Beweis der Unrichtigkeit der Forderung vor.

§. 23.

Geht man nämlich von der gewöhnlichen Ansicht, weshalb eine cautio indiscreta zur Begründung der Klage für ungenügend gehalten wird, aus, so konnte die gedachte Schuldurkunde für eine cautio indiscreta überall nicht geachtet werden, da sie ein constitutum, also eine Klage begründendes Rechtsgeschäft enthielt, und wurde hierauf in den Entscheidungsgründen das hauptsächliche Gewicht gelegt, auch dabei zugleich bemerkt, daß in einem ähnlichen im römischen Rechte vorkommenden Falle an der generellen Bezeichnung der constituirten Forderungen kein Anstoß genommen werde [58]). Legt man ferner die oben als die richtigere vertheidigte Ansicht der Sache zum Grunde, so mußte dieses zu demselben Resultate führen, da dem Schuldner, seinem eigenen Bekenntnisse in der Schuldverschreibung nach, zuvor ein specificirter Rechnungsauszug zugestellt, und ihm dadurch der Stoff, um den Beweis des behaupteten indebiti führen zu können, an die Hand gegeben war. Er mochte nämlich entweder darthun, daß ihm ein Rechnungsauszug überall nicht überreicht, mithin die angegebene Veranlassung zur Ausstellung der Schuldurkunde irrig oder fingirt gewesen sey; oder aber, daß in einzelnen Posten des ihm eingehändigten Rechnungsauszuges, den im Gerichte vorzulegen ihm ja unbenommen war, Irrthümer enthalten seien. Mit Recht wird daher auch von vielen Praktikern der Grundsatz aufgestellt, daß in einer Verschreibung, worin auf eine statt gehabte Berechnung Bezug genommen, und die verschriebene Summe als Resultat derselben bezeichnet ist, keine weitere specielle Angabe der causae debendi, was ja zu den größten Weit-

---

38) l. 47. §. 1. D. de pactis (2, 14.).

läufigkeiten führen könnte, erforderlich sei [59]). Am wenigsten ließe sich dieses in einem Falle bezweifeln, wo der Saldo nicht durch eine reine Berechnung herausgebracht, sondern vergleichsweise festgesetzt worden ist, denn da gegen eine Klage auf das vergleichsweise Versprechen überall nicht eingewandt werden kann, daß man sich irrthümlich über ein indebitum verglichen habe [60]), so können dabei eben so wenig die Grundsätze der cautio indiscreta zur Anwendung kommen, als wie dieses nach den bestimmten Vorschriften des Rechts mit denen der querela oder exceptio pecuniae non numeratae der Fall ist [61]).

§. 24.

So wie übrigens schon bei den Römern das Bedürfniß, den Verkehr zu erleichtern, und den Credit aufrecht zu erhalten, Modificationen in Betreff der cautio indiscreta und der exceptio non numeratae pecuniae zu Gunsten der Argentarien herbei geführt hat [62]); so ist dasselbe auch bei uns der Fall gewesen. In den Wechselbriefen begnügt man sich bekanntlich mit einer auch nur ganz unbestimmten Angabe, die Valuta empfangen zu haben, und unterliegt es keinem Bedenken, daß, wenn der Wechselschuldner gegen solche Wechselgläubiger, wider welche dieses an sich statthaft erscheint, sich mit der exceptio non numeratae pecuniae oder indebiti vertheidigen, oder wider sie mit der querela non numeratae pecuniae oder der condictio indebiti klagbar werden wollte, ihn die Beweislast treffen muß; und deßhalb die Vollstreckung der übernommenen Wechselverbindlichkeit, wenigstens gegen Caution, nicht aufgehalten werden darf [63]).

---

59) I. B. a. Wernher obs. for. p. 4. obs. 186. — de Berger electa proc. execut. §. 11. M. G. Wernher lectissimae commentat. lib. 12. tit. 1. §. 20.; — Cannegiesser Decis. Hasso-Cassel. Tom. 1. dec. 123.

60) l. 65. §. 1. D. de condict. indeb. (12, 6.); l. 78. §. 16. D. ad Sctum. Trebell. (36, 1.); l. 6. D. de iuris et facti ignorantia (1, 18.); l. 2. C. de transact. (2, 4.); l. un. C. de errore calculi (2, 5.); l. 2. C. de cond. indeb. (4, 5.). Götz commentat. de errore in transact. recte aestimando Norimberg 1797. 4. pag. 37.

61) l. 11. C. de n. n. pecuuia (4, 30.)

62) Nov. 136. cap. 6; Thibaut Pandecten B. 3. §. 1180. a. E.; Unterholzner im Archiv. B. 7. S. 37, 38; Kraut de argentariis pag. 107.

63) Frankf. Wechsel-Ordn. Art. 33. 34. vgl. mit der Proz. Ordn. v. J. 1820. Art. 93. (Ges. u. Statut. Samml. B. 2. S. 158). v.

§. 25.

Weniger allgemein ist die Vorschrift, daß gegen Forderungen, welche in den öffentlichen Hypothekenbüchern verzeichnet stehen, oder über welche unter öffentlicher Auctorität Obligationen ausgefertigt worden sind, die Einrede des nicht empfangenen Geldes, so wie, wenn sie die causam debendi auch nicht speciell angeben, die exceptio indebiti doch nicht mit der Wirkung vorgeschützt werden kann, daß derjenige, zu dessen Gunsten die Inscription oder die Verschreibung lautet, den Beweis, das Darlehn wirklich ausgezahlt oder in der That eine Forderung zu haben, übernehmen muß. Auch treten in solchen Fällen an sich die gesetzlichen Gründe, weshalb dem Gläubiger von den Gesetzen die Beweislast auferlegt worden ist, in völlig gleicher Maaße, als wie bei Privat-Schuldverschreibungen ein. Die Schwierigkeit für den Schuldner, die Negative, daß keine Schuld vorhanden, oder das versprochene Darlehn nicht ausgezahlt sei, darzuthun, ist hier eben so groß, als in dem letztgedachten Falle, und, so viel namentlich den Punkt des nicht gezahlten Geldes betrifft, so ist es gar nicht ungewöhnlich daß der Gläubiger sich zuvor die Hypothek zuschreiben und die Verschreibung ausfertigen und einhändigen läßt, ehe er zur Auszahlung des versprochenen Darlehns schreitet [64]). Mithin kann auch der Umstand, daß er diese Handlungen vor einer öffentlichen Behörde vornimmt und respective dieselbe zur Vornahme derselben veranlaßt, nicht für ein glaubwürdigeres und bindenderes Bekenntniß, wirklich bereits das versprochene Darlehn ausgezahlt erhalten zu haben, angesehen werden, als wenn es in einer Privat-Schuld-

---

Adlerflycht frankf. Privatr. Th. 3. §. 515. S. 972. — Brem. Wechs. Ordn. Art. 19. — Zusätze zur Hamburg. W. O. v. J. 1729. §. 2. 3. — J. Misler D. de querela et except. n. n. pec. in cambiali negotio, maxime ad iura Hamb. applicata. Giessae 1747. (Besecke thesaur. iur. camb. Tom. 2. pag. 1098 — 1142) Kleffecker Samml. der hamb. Ges. B. 3. S. 474 u. 476; B. 6. S. 638—43. — Lübische W. O. v. J. 1662 u. 1669. (in appendice statutor. pag. 56 — 59). wo freilich die exceptio n. n. pecuniae nicht, aber doch die exceptio doli als an sich gegen eine Wechselklage statthaft erwähnt wird. — Weimar W. O. v. J. 1819 §. 141. — Hannov. W. O. v. J. 1822. §. 11. u. 52.

64) Nach römischem Recht schließt die datio hypothecae die exceptio n. n. pecuniae überall nicht aus. l. 3. C. de n. n. pecun. (4, 30.) coll. 11. §. 2. D. de pignor. act. (13. 7); und erscheint das auch als völlig angemessen; weil der Anleiher die Hypothek eben so wie die Verschreibung mehrentheils gleich bei der Eingehung des Geschäfts zu ertheilen pflegt, mithin darin nicht, wie z. B. in einer Zinsenzahlung, eine selbstständige Anerkennung der Schuld enthalten ist.

verschreibung abgelegt worden ist. Da nun das frankfurtische Recht, so wie es auch bei Verpfändungen die Angabe der Ursachen, warum die Hypotheken oder Pfandrechte constituirt werden, ausdrücklich verlangt[65]), so auch namentlich in Betreff der exceptio non numeratae pecuniae keine hievon abweichenden Bestimmungen aufstellt[66]), und namentlich auch die Schriftsteller über dieses Particularrecht jene Grundsätze in Frankfurt für völlig anwendbar erklären[67]), so konnte das Oberappellationsgericht in der bereits oben erwähnten Rechtssache des Wallersteinischen Contradictors c. Bing kein Bedenken tragen, dem Profitenten, der seine Forderung auf einen Protocollar-Extract des Hypothekenbuchführers, von welchem der Cridar die Schuld auf sein Haus hatte inscribiren lassen, gestützt hatte, dem aber innerhalb der zwei Jahre vom Contradictor die Einrede des nicht gezahlten Geldes opponirt war, den Beweis, das behauptete Darlehn wirklich gegeben zu haben, aufzuerlegen; insofern er nicht etwa nachzuweisen vermöchte, daß nach constantem frankfurtischem Gerichtsgebrauche die exceptio non numeratae pecuniae als s. g. privilegirte Einrede gegen Insatzbriefe nicht zugelassen werde.

§. 26.

Im hamburgischen und lübischen Rechte dagegen finden sich in der Hinsicht allerdings eigenthümliche Grundsätze. Nach beiden Rechten galt von Alters her das Prinzip, daß ein vor dem Rathe abgelegtes Schuldbekenntniß, oder geleistetes Versprechen, volle Gültigkeit und gewisser Maaßen die Kraft einer confessio in iure

---

65) Frankf. Reform. Th. 2. Tit. 17. §. 13. 14. vergl. mit der alt. Reform. fol. 28. §. 4. 5. — Orth Anmerk. z. Frankf. Reform. 1ste Forts. S. 383.

66) Zwar war von dem Profitenten auf die Raths Verordnung vom 24. Febr. 1631. Tit. Von Insatzen §. 3. (Beyerbach Samml. der Frankf. Verordn. Th. 8. S. 1470.) Bezug genommen, wonach gegen eine Insatzklage nur die exceptio solutionis oder eine andere gleichmäßig im Rechte gegen offenbare Insätze gegründete Einrede zugelassen werden soll; allein dieses Gesetz konnte hier nicht in Betracht gezogen werden, da es den Insatzprozeß als eine Art des Executivprozesses behandelt, gegen eine Executivklage aber allerdings die exceptio n. n. pecuniae mit voller Wirkung vorgeschützt werden kann (s. oben Note 10); und da vor dem Ablaufe des biennii sich noch gar nicht von einem offenbaren Insatze oder einer offenbaren Forderung reden läßt. Vgl. Ludovici Civil-Proz. H. 3. §. 2.

67) Orth Anmerk. z. Frankf. Reform. 1ste Forts. S. 328. — v. Adlerflycht, frankf. Privatr. Th. 2. §. 239. S. 394.

oder eines rechtskräftigen Erkenntnisses habe, und durch einen Auszug aus dem Stadtbuche, worin es eingetragen war, oder durch das Zeugniß der Rathsmänner unumstößlich bewiesen werde[68]). War nun aber ein solches Versprechen unanfechtbar, so konnte auch natürlicher Weise eben so wenig, wie dieses bei einem gerichtlichen Geständnisse im Prozesse der Fall seyn würde, darauf etwas ankommen, ob es discret oder indiscret lautete; und konnte eine querela oder exceptio non numeratae pecuniae dawider überall nicht zugelassen werden, weil dieses doch immer auf eine Anfechtung des Schuldbekenntnisses hinausgelaufen sein würde. Ferner wurden Verpfändungen von Immobilien in Lübeck ebenfalls durch förmliche Verlassung vorgenommen, und zwar konnten sie allein in dieser Form vorgenommen werden[69]), und wenn dieses auch in Hamburg zur Gültigkeit der Hypothek nicht gerade nothwendig gewesen zu sein scheint, so mag es doch wegen des sicherern Beweises und wegen des wenigstens später damit verbundenen Vorzuges vor anderen Hypotheken[70]), auch dort nicht selten geschehen sein. Da nun aber die Verlassung vor dem Rathe und zwar erst nach der Berichtigung des Preises für den zu erlassenden Gegenstand[71]) vorgenommen wurde, so lag in der Verlassung ein gehöriges Schuldenbekenntniß vor dem Rathe, und bedurfte es daher bei der Inscription eines verlassenen Pfandpostens in das Stadtbuch keiner speciellen Angabe einer causa debendi, und konnte auch keine Anfechtung des Geschäftes ob pecuniam cautam non numeratam, wenigstens nicht in der Maaße zugelassen werden, daß der

---

68) Hamb. Statut. v. J. 1270. VII., 3; v. J. 1292. C. 18; v. J. 1497. K. 10. — Lüb. Statut. v. J. 1235. Art. 63, 64. (DE WESTPHALEN monum. ined. III. 627); v. J. 1240. Art. 51, 53. (ibid. 645.); Cod. BROK. I. 52, 54; II. 154, 180; III., 4, 21. — Vgl. das rev. lüb. R. lib. V. tit. 6. Art. 2. In den alten Statuten von Dortmund v. J. 1275 heißt es gerade in Beziehung auf Verkäufe und Verlassungen von Liegenschaften . . . „fiant in praesentia consulum in sede sedentium et coram ipsis omnimodo pertractentur, pertractata vero libro civitatis inserantur, ipsique libro insignita, temporibus se offerentibus, in huiusmodi casibus pro iudicato teneantur.“ (Dreyer Nebenstunden S. 423.)

69) Lüb. Recht. v. J. 1240. Art. 115. (DE WESTPHALEN III., 652); im Cod. BROK. I, 117, II, 97; III. 131. — Rev. lüb. Recht lib. 4. tit. 3. art. 1.

70) Dieser Vorzug findet sich zuerst bestimmt ausgesprochen in den hamb. Statuten v. J. 1497. G. 3. a. E. Vgl. die neuesten Statuten Th. 2. Tit. 5. Art. 1; u. d. hamb. Landrecht Art. 39.

71) Hamb. Statut. v. J. 1270. I, 6; v. J. 1292. C. 2; v. J. 1497. G. 2. verbis: „so wan so id eme verghulden is.“

Schuldner seines Bekenntnisses ungeachtet von dem Gläubiger den Beweis der wirklichen Auszahlung des Geldes verlangen durfte.

§. 27.

Von diesen Grundsätzen kommt nun, in Betreff der cautio indiscreta noch jetzt unbedenklich so viel zur Anwendung, daß es bei inscribirten Häuserpösten, ausser denen der Gläubiger keine Schuldverschreibung zu erhalten pflegt, auf die Angabe einer causa debendi überall nicht ankommt. Diese Angabe ist in den Stadtbüchern Hamburgs und Lübecks völlig ungewöhnlich, und wenn man sie daher zur vollen Beweiskraft derselben verlangen wollte, so würde man damit die gesetzliche Vorschrift, daß jene Bücher einen unumstößlichen Beweis liefern sollen[72]) über den Haufen werfen; was doch allen Grundsätzen der Interpretation widersprechen würde. Auch fällt das in diesen beiden Städten Niemanden ein. Noch weiter geht übrigens das hamburgische Recht, indem es die alte obsolete Vorschrift von vor dem Rathe bekannten und in das Stadtbuch eingetragenen Schulden dahin erweitert hat, daß bei Schuld-Forderungen, die mit öffentlichen Briefen und Siegeln bewiesen werden können, es unschädlich sei, wenn darin die Ursache der Schuld auch nicht specificirt ist[73]). Was ferner die exceptio non numeratae pecuniae anbetrifft, so enthält das lübische Recht darüber keine eingenthümlichen Vorschriften, wohl aber hat das hamburgische Recht schon im Allgemeinen den besonderen Grundsatz, daß, wenn jene Einrede einer unläugbaren Schuldverschreibung entgegen gesetzt wird, der Aussteller derselben vor allen Dingen den Gläubiger befriedigen, und erst demnächst denselben wieder besprechen soll, wo dann freilich dieser den Grundsätzen des gemeinen Rechts gemäß den Beweis der wirklichen Auszahlung des Darlehns übernehmen muß, wenn das biennium noch nicht verlaufen ist[74]).

§. 28.

Ob und mit welcher Wirkung gegen das Stadtbuch die querela

---

72) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit. 30. Art. 3; Th. 2. Tit. 4. Art. 4 u. 5. Receß v. J. 1618. Art. 1. (im Anhange d. Statut. S. 100). Lüb. Statut. lib. 5. tit. 6. art. 1.

73) Hamb. Statut. Th. 1. Tit. 20. Art. 2. coll. Tit. 30. Art. 6. Uffelmann D. de exception. contra instrumenta guarentigiata occasione P. 1. Stat. Hamburg. tit. 20. art. 2. Ultraiecti 1710. Klefecker Samml. d. hamb. Ges. B. 3. S. 559. coll. 610.

74) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit 24. Uffelmann l. c. §. 41—45. Klefecker a. a. O. B. 3. S. 579.

oder exceptio non numeratae pecuniae gebraucht werden könne, darüber findet sich weder im hamburgischen noch im lübischen Rechte eine ausdrückliche Vorschrift; und da nun jetzt in diesen Rechten keine Bestimmung, daß die Verlassung erst auf die Berichtigung des Preises folgen soll, mehr anzutreffen, auch es wohl nicht ohne Beispiel ist, daß die Auszahlung erst nach der Zuschrift des Postens erfolgt, und das lübische Recht sogar dritten Gläubigern, wenn sie eine Collusion bei der Pfandbestellung zu ihrer Verkürzung behaupten, dem Creditor einen Eid darüber abzufordern gestattet, daß ihm das Erbe für rechte Schuld verpfändet worden sei[75]), so könnte man nicht abgeneigt sein, hier durchaus die Grundsätze des gemeinen Rechtes zur Anwendung zu bringen. Dennoch aber muß dieses für völlig unstatthaft gehalten, und kann dem Gläubiger, dem bereits im Stadtbuche ein Posten zugeschrieben worden ist, kein Beweis über die wirkliche Auszahlung des Darlehns mehr angesonnen werden[76]). Denn der Grundsatz, daß die Verpfändung liegender Gründe und stehender Erbe vor dem Rathe kräftig und beständig sein[77]) und darauf stet und fest gehalten werden soll[78]), bringt es mit sich, daß das in solcher Weise vollzogene Geschäft ohne Weiteres für ein rechtsgültiges geachtet werde; und der Richter, welcher nun gleichwohl auf das Verlangen des Schuldners eingehen und dem Gläubiger den Beweis der numeratio auferlegen wollte, würde offenbar, gegen das Gesetz, nicht fest auf die vorgenommene Verpfändung halten. Noch klarer und bestimmter aber spricht sich dieses durch den Gang des Geschäftes aus; indem weder bei der Verlassung noch bei der demnächstigen Zuschreibung des Postens über die Berichtigung des Darlehns das Mindeste erwähnt, noch endlich ausserdem eine besondere Quittung darüber gefordert oder gegeben; mithin die Verlassung und Zuschreibung des Postens als ein Akt, der alle jene sonst für den Darleiher nothwendigen Vorsichtsmaßregeln überflüssig macht, angesehen wird. Wenn es daher ferner in den Gesetzen heißt, daß das Stadtbuch und ein Extract aus demselben in gehöriger Form einen völlig

---

75) Lüb. Recht lib. 3. tit. 4. art. 1. vgl. mit dem Cod. v. 1240. Art. 18. (DE WESTPHALEN III, 641); Cod. BROK. I, 18; II, 82; III, 115.

76) Dahin hat sich auch bereits das OAGericht in seinen Entscheidungsgründen zur Erk. v. 3ten Febr. 1827. J. S. Arends c. Hintzelmann ausgesprochen.

77) Lüb. Recht lib. 3. tit. 4. art. 1. init.

78) Hamburg. Receß v. J. 1618. Art. 1. a. E. (im Anhange d. Statuten S. 100).

genügenden Beweis liefern[79]), so ist dieses nicht bloß darauf, daß wirklich eine Verpfändung vorgenommen, zu beschränken, sondern dahin zu verstehen, daß damit zugleich der Beweis einer rechtsbeständigen Verpfändung erbracht werde. So wie der Wechsel zur Sicherung des persönlichen Credits dient, so soll das Stadtbuch den Realcredit unerschütterlich garantiren; und es können daher gegen dasselbe keine solchen Zweck hindernde Einreden zugelassen werden. Freilich gewährt das Stadtbuch nach lübischem Rechte erst dann diese vollständige Sicherheit, wenn das darin Zugeschriebene **respective** in vier Wochen und binnen Jahr und Tag nicht angefochten worden ist, und dasselbe Prinzip galt nach dem älteren hamburgischen Rechte, bis der Receß vom Jahre 1618 Zuschreibungen von Liegenschaften in der Regel, und von Renten und Pfandposten ohne Ausnahme sofort für unanfechtbar erklärte; und möchte man daraus folgern, daß doch nach lübischem Rechte noch binnen Jahr und Tag die querela und **exceptio non numeratae pecuniae** mit der ihnen im gemeinen Rechte beigelegten Wirkung zulässig seien. Allein diese in den Gesetzen gestattete Anfechtung des verlassenen und zugeschriebenen Postens ist nur Dritten, deren Rechte der Veräußernde dadurch kränkt, aber nicht diesem Letzteren selbst eingeräumt; dieser muß vielmehr den von ihm selbst vorgenommenen Akt sofort wider sich gelten lassen.

§. 29.

Eine andere Frage ist die, ob der Schuldner selbst dann nicht mit dem Einwande eines Irrthums oder des nicht erhaltenen Geldes gehört werden kann, wenn er dieserhalb den Beweis übernehmen will. Wäre aber der Posten von dem Creditor bereits weiter veräussert, und, wie dieses auch in einem solchen Falle erforderlich ist, dem Dritten förmlich verlassen und zugeschrieben, so würde nunmehr der Schuldner nach dem neueren hamburgischen Rechte sofort, und nach dem lübischen Rechte nach Verlauf von Jahr und Tag nicht mehr berechtigt sein, gegen den genannten Dritten jene Einwendungen geltend zu machen, weil der Schuldner und Verpfänder Jenem gegenüber als ein tertius erscheint, der nach jener Frist mit einer Anfechtung des Geschäftes überall nicht mehr gehört werden soll. Denn, wie es in einem Erkenntnisse der hamburgischen Prätur sehr richtig ausgedrückt war, nach dem Geiste und der in der täglichen Praxis befolgten Auslegung der hamburgischen — (und dasselbe gilt von der lübischen) — Gesetz-

79) S. oben Note 77.

gebung muß der ganze Umfang der mit dem im Stadterbebuche versicherten Posten verbundenen Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Extracte zu ersehen sein, wenn dieselben gegen Dritte in Betracht kommen sollen [80]). Befindet sich aber der Posten noch in den Händen dessen, dem er von dem Eigenthümer das Erbe selbst zugeschrieben worden ist; so muß der Letztere, wenn auch bei vorhandener Illiquidität jener Einwendungen nur in separato, und ohne daß dadurch der Gläubiger in der Verfolgung des ihm zugeschriebenen Rechtes aufgehalten werden darf, mit der Ausführung derselben allerdings zugelassen werden. Das bringen an sich die Grundsätze des Pfandcontractes unbezweifelt mit sich [81]), und die Auctorität des Stadtbuches steht dem nicht entgegen. Denn dieses liefert nur einen unwiderleglichen Beweis darüber, daß der Schuldner, Schulduer zu sein bekannt, und daß er wirklich den Posten dem Gläubiger verlassen und zugeschrieben hat. Die Behauptung, hiezu nur durch einen Irrthum veranlaßt worden zu sein, berührt mithin das Stadtbuch überall nicht, sondern betrifft etwas ausserhalb demselben Liegendes, was nur aus materiellen Gründen zur Rescission des vorgenommenen Geschäfts führt. Und dasselbe gilt auch von dem Falle, wenn der Schuldner behauptet, mit dem Gläubiger dahin übereingekommen zu sein, daß demselben zuvor der Posten verlassen und demnächst erst das Darlehn ausgezahlt werden soll.

§. 30.

Das aber ist keinesweges den bei den Stadtbüchern befolgten Grundsätzen entgegen, aus persönlichen Verhältnissen, welche zwischen dem Gläubiger und Schuldner bestehen, Ansprüche geltend zu machen, welche dahin führen, daß Ersterer den ihm zugeschrie-

---

80) Während daher das hamburg. Recht sonst den Cessionar anweist, sich bei dem debitor cessus zu erkundigen, ob er auch Einreden gegen die Schuld habe (hamb. Statut. Th. 1. Tit. 12. Art. 3.), so braucht er bei Häuserposten nur das Stadtbuch zu fragen, und ist es Sache des Schuldners, sich mit Clauseln im Stadterbebuche vorzusehen, oder auf die Verlassung zu achten, und dort sein Interesse zeitig wahrzunehmen. Erk. d. OAGerichts vom 14. Dec. 1822, J. S. Ortiz c. Curat. bon. von Flickwier.

81) **Si quasi daturus tibi pecuniam, pignus accepero, nec dedero, pigneratitia actione tenebor, et nulla solutione facta: Idemque et si accepto lata sit pecunia, vel conditio defecit ob quam pignus contractum est, vel si pactum, cui standum est, de pecunia non petenda factum est . . . l. 11. §. 2. D. de pigneratitia actione (13, 7).**

benen Posten wieder tilgen lassen, oder sich der Kündigung desselben, oder einer anderen Disposition darüber enthalten muß. Finden solche Vereinbarungen nach der Verlassung und Zuschreibung des Postens statt, so leidet es nicht den mindesten Anstand, daß, wenn auch dieserhalb — was freilich das Sicherste ist — dem Posten im Stadterbebuche keine Clausel beigefügt wurde, dieselben doch gegen den Promittenten selbst, und bei erfolgter zeitiger Anmeldung auch wohl selbst gegen den dritten Erwerber des Postens geltend gemacht werden können[82]); denn sonst würde ja selbst eine, nicht am Stadtbuche gegen sofortige Tilgung des Postens geleistete Zahlung, nicht zu einer Klage auf die Tilgung benutzt werden können; was doch Gesetz und Praxis ohne Anstand gestatten[83]). Dasselbe muß aber auch von einer Anfechtung ex causa antecedente gelten, da das materielle Recht ja selbst gegen eine unrichtige confessio in iure geschützt wird, wenn gehörige Gründe dazu vorhanden sind[84]), und da es im Falle der pecunia cauta non numerata auf eine wahre Begünstigung des dolus des Gläubigers hinauslaufen würde, wenn man dem Schuldner den Beweis, das versprochene Darlehn nicht erhalten zu haben, ganz abschneiden wollte. Dagegen aber

---

82) Arg. l. 11. §. 8. D. de interrogat. in iure (11, 1) verbis: „quod ea, quae posta emergunt, auxilo indigent. Mevius ad ius Lubec. lib. 5. tit. 6. art. 1. nr. 36. Stein Abhdl. d. lüb. Rechts Th. 4. §. 149, 199, 200. Thesaurus iur. prov. et statutarii Tom. 2. pag. 123 not. *), 607. So wurde namentlich in Hamburg, als dort ein gewisser Flickwier, der bedeutende Liegenschaften besaß, insolvent geworden, und unter den Gläubigern die Vereinbarung getroffen war, daß jene Liegenschaften, die bedeutende Einkünfte abwarfen, nicht veräussert sondern administrirt werden sollten, weshalb die hypothecarischen Gläubiger auf die Kündigung ihrer Pfandposten Verzicht geleistet, solches aber im Stadterbebuche mittelst einer Clausel nicht hatten verzeichnen lassen; solche Vereinbarung sogar gegen den Cessionar einiger dieser Posten, de Vivanco, durch die conformen Erkenntnisse des Niedergerichts vom 27sten Nov., und des Obergerichts vom 22sten Dec. 1820 aufrecht erhalten, weil derselbe nicht eidlich zu erhärten vermochte, daß ihm die Vereinbarung der Flickwierschen Gläubiger zur Zeit seines Erwerbes jener Posten unbekannt gewesen sei. — Und als demnächst diese Posten weiter veräussert, und in die Hände eines Ortiz gekommen waren, der nun zur Kündigung derselben schritt, so erklärte das OAGericht in seinem Erkenntnisse vom 14ten Dec. 1822. die Kündigung zwar wohl für gültig, behielt aber den Flickwierschen Güterpflegern die Geltendmachung ihrer illiquiden Einrede, daß auch Ortiz die Vereinbarung gekannt habe, in separato vor.

83) Hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4.

84) L. 11. §. 3, 8, 10. D. de interrogat. in iure (11, 1.), l. 2. D. de confessis (42, 2.); c. 3. X. eod. (2. 18).

muß der Schuldner, der sein im Stadtbuche abgelegtes Bekenntniß anfechten will, allerdings einen sehr klaren Beweis seines Irrthums oder des nicht gezahlten Geldes führen, wenn er damit gehört werden will[85]) weshalb denn auch, wenn z. B. ein Theil des Postens erst später ausgezahlt werden soll, der Verpfänder sich hierüber einen Revers vom Darleiher geben zu lassen pflegt. Uebrigens ist diese Anfechtung nur auf die dabei bereits im gemeinen Rechte angeordneten besonderen Fristen beschränkt, keinesweges aber auf die in den Statuten erwähnten Jahr und Tag, denn diese gelten nur für die Einsprache, welche etwa Dritte gegen die Verlassung und Zuschreibung des Postens erheben möchten; ihr Ablauf hebt aber nicht die persönlichen Ansprüche des Schuldners an den Gläubiger auf.

§. 31.

Endlich ist es bei der exceptio und querela non numeratae pecuniae noch eine bekannte Streitfrage, ob nach dem Ablaufe des von Justinian dafür angeordneten biennii der Anleiher, wenn er den Beweis der unterbliebenen Auszahlung des Darlehns übernehmen will, damit überall noch gehört werden könne[86]). Beurtheilt man diese Frage zuvörderst bloß nach theoretischen Gründen, so möchte daraus, daß nach Ablauf der zwei Jahre keine Eidesdelation des Schuldners an den Gläubiger mehr gestattet sein soll[87]), nichts zu folgern sein, da jetzt jedenfalls die Urkunde für

---

85) Arg. l. 25. §. 4. D. de probat. (22, 3.); l. 13. C. de n. n. pecunia (4, 30); c. 14. X. de fide instrument. (2, 22). Nach diesen Gesetzen, und nach den hamburg. Statut. Th. 2. Tit. 4. Art. 4. dürfte es Vieles für sich haben, keinen Zeugen, sondern nur einen Urkundenbeweis zuzulassen. Höchstens könnte man arg. Nov. 136. cap. 6, und d. lüb. Rechts lib. 3. tit. 4. art 1. eine Eidesdelation gestatten; und selbst das ist höchst bedenklich.

86) Für die Bejahung der Frage erklären sich besonders Mevius (Decisiones P. 2. dec. 22); Pufendorf (observat. tom. 1. obs. 64. §. 3.); Meurer (jurist. Abhandl. nr. 2); Glück (Commentar d. Pandekten B. 12. §. 737. S. 168 — 173.); Fr. Maier (de vera exceptionis n. n. pecuniae indole. Wirceburgi 1815. 8); Unterholzner (Archiv f. d. civil. Praxis B. 7. S. 49 — 59.), und Kraut (de argentariis pag. 103, 4). Dagegen aber wollen dem Schuldner, selbst nach heutigem Rechte, jenen Beweis überall nicht mehr gestatten, Donellus (ad l. 8. C. de n. n. pecunia), Vinnius (selectae quaest. lib. 1. cap. 41.); Reinharth (ad Christinaeum Vol. 1. obs. 42); Joh. Slüter D. de exceptione n. n. pecuniae. Giessae 1742. §. 15—21; und Pfeiffer (vermischte Aufsätze S. 176 ff.).

87) L. 14. §. 3. C. de n. n. pecunia (4, 30).

den Gläubiger einen an sich genügenden Beweis macht, man aber dem, welcher einen vollständigen Beweis für sich hat, keinen Eid mehr deferiren kann. Auch daraus, worauf Manche[88]), die dem Schuldner nun keinen Beweis mehr gestatten wollen, ein entscheidendes Gewicht legen, daß Justinian nach Ablauf der zwei Jahre eine **literarum obligatio** annimmt[89]), dürfte nicht viel zu folgern sein. Denn, obwohl es gewiß im hohen Grade bedenklich erscheinen muß, wenn man dieses Argument auf die Weise beseitigen will, daß damit nur eine nicht eben genau richtige bloß wissenschaftliche Ansicht habe aufgestellt, und es sicher nicht habe gestattet werden sollen, nunmehr seine Klage mit frecher Stirne bloß auf die Schuldverschreibung, ohne zugleich die **numeratio pecuniae** zu erwähnen, zu gründen; so könnte jener Ausspruch Justinians doch immer dahin verstanden werden, daß nunmehr eine bloß durch das **chirographum** zu begründende, nicht mehr durch das bloße Vorschützen der **exceptio non numeratae pecuniae** zu elidirende **obligatio**, gleich der **ex stipulatione** eintreten solle, womit denn noch keineswegs darüber abgesprochen wäre, daß der Klage aus jener **obligatio** nicht mit einer vom Schuldner gehörig zu erweisenden **exceptio doli** begegnet werden könnte[90]). — Abgesehen nun von diesen nichts entscheidenden Momenten, so bleiben dafür, dem Schuldner annoch mit dem Einwande und dem Beweise, überall das versprochene Darlehn nicht erhalten zu haben, zuzulassen, nur folgende Gründe übrig; einmal daß, wenn auch die begünstigte **exceptio non numeratae pecuniae** nach zwei Jahren wegfällt, doch dann noch die schon ursprünglich in einem solchen Falle gegen die **actio ex stipulatu** oder die **petitio certi ex chirographo** statthafte, auf keine Zeitfrist beschränkte **exceptio doli** gebraucht werden könne; daß zweitens in den Fällen, wo von Anfange an die **exceptio non numeratae pecuniae** nicht statt finden solle, doch unmöglich die Meinung dahin gehen könne, daß der Schuldner zu gar keinem Gegenbeweise wider das in der Verschreibung abgelegte Empfangsbekenntniß zugelassen werden solle, gleichwohl diese Fälle mit dem, wo jene an sich statthafte Einrede durch den Ablauf der Zeit ausgeschlossen sei, ganz gleich gestellt würden; und endlich, daß es ganz wider Treue und Glauben verstoßen würde, wenn Jemand etwas zurück zahlen sollte, was er nicht empfangen habe[91]).

---

88) z. B. Vinnius l. not. 87. cit. u. Schweppe römisches Privatrecht §. 452.

89) §. un. I. de literar. obligat. (3, 22); ibique Theophilus.

90) Unterholzner a. a. O. S. 52, 53; und Kraut l. c. Vgl. Not. 87.

91) Ausserdem beruft sich Unterholzner a. a. O. S. 50 nach

§. 32.

Diese Argumente sind aber nicht durchgreifend. Daß es noch jetzt ausser der exceptio non numeratae pecuniae eine davon in den Wirkungen verschiedene exceptio doli gebe, läßt sich nicht zugeben, vielmehr stellt die l. 3. C. de non numerata pecunia, welche diese beiden Einreden dem Schuldner elective ertheilt, sie in ihren Wirkungen einander völlig gleich; und es findet sich keine Spur, daß die exceptio doli noch zugelassen worden sei, nachdem die Zeiten der exceptio non numeratae pecuniae bereits verflossen waren. Man muß vielmehr annehmen, daß die erstere gänzlich in die letztere verschmolzen worden sei; wie denn an der Stelle, wo Gaius bloß der exceptio doli Erwähnung thut, in den Justinianeischen Institutionen lediglich die exceptio non numeratae pecuniae genannt wird [92]). Ferner muß freilich in den Fällen, wo die exceptio non numeratae pecuniae von Anfange an nicht gestattet sein soll, doch noch eine Bestreitung der ausgestellten Schuldverschreibung zugelassen werden; allein das gehört dann in die Kategorie der in l. 25. §. 4. D. de probat. erwähnten Fälle, und werden diese mit unsern Fällen nur insoweit gleich behandelt, als in beiden keine Eidesdelation an den Gläubiger gestattet wird; natürlich, weil diesem ein voller Beweis zur Seite steht. Daraus läßt sich aber keineswegs allgemein folgern, daß gegen die beiderlei Urkunden nun auch dieselben Beweise zulässig seien; und erscheint es in der That nicht unnatürlich, daß der Gläubiger, welcher sich anfangs die Begünstigung des Schuldners durch die exceptio non numeratae pecuniae gefallen lassen mußte, nachher dadurch, daß jede Einrede der Art wegfällt, entschädigt wird. Und wenn es endlich auch unbillig ist, daß Jemand ein nicht empfangenes Darlehn zurück zahlen muß, so ist die Besorgniß, daß dieses eintreten werde,

---

auf die Analogie der l. un. C. Th. si certum petatur (2, 27); indem er darin die Vorschrift findet, daß einer Urkunde nach 20 oder 30 Jahren die Einrede der Unächtheit nicht entgegengesetzt werden könne, sondern dann ohne Weiteres gezahlt werden müsse, gleichwohl in separato das Gezahlte solle zurück gefordert werden dürfen; allein diese Constitution ist ganz unrichtig ausgelegt. Sie sagt vielmehr gerade umgekehrt, wenn 20 oder 30 Jahre aus der Urkunde nicht geklagt ist, so brauche der ihre Aechtheit bestreitende Schuldner nicht vorläufig das Geld ins Sequestrum zu zahlen, wie dieses bei einer früheren Anstellung der Klage nothwendig war, sondern der Kläger müsse erst anderweitige Beweise der Forderung beibringen. Gothofredus ad Cod. Theodos Tom. 1. pag. 248). Dies hat also mit unserm Falle gar nichts gemein.

92) Gai Inst. IV, 116. coll. §. 2. I. de exception (4, 13).

nicht eben groß, da es nicht leicht der Fall sein wird, daß Jemand Jahre lang den Schuldschein in der Hand des Gläubigers läßt, wenn er von demselben das versprochene Darlehn nicht erhalten hat. Auf der andern Seite aber erscheint es zur Aufrechthaltung des Credits wesentlich, nach so langer Zeit den Gläubiger endlich gegen die Ausflüchte eines chikanirenden Schuldners dadurch sicher zu stellen, daß dieser mit solchen Ausflüchten nun überall nicht weiter gehört wird; und verdient diese Rücksicht wohl das Uebergewicht gegen die Besorgniß, daß dadurch in einem einzelnen Falle ein sorgloser Anleiher betrogen werden könne.

§. 33.

Wird nun dieser letztere Gesichtspunkt bei der Vorschrift in einer Constitution von Honorius ausdrücklich hervorgehoben[93]), wird ferner bei der unserm Falle so nahe verwandten und ganz analogen exceptio non numeratae dotis nach Ablauf der geordneten Frist ein solcher Gegenbeweis nach klarer gesetzlicher Vorschrift überall nicht mehr zugelassen[94]), heißt es ausserdem in mehreren Stellen ganz ausdrücklich, daß nach Ablauf der zwei Jahre der Schuldner **nullo modo exceptionem non numeratae pecuniae introducere possit**, sondern **omnimodo debitum solvere compellatur**[95]), und wird alsdann in der l. ult. C. de condiction. ex lege die Rückforderung der Verschreibung als einer ungültigen für gänzlich unstatthaft erklärt; so läßt sich, wenn man nicht mit Meurer eine Menge von Umständen, wovon im Gesetze kein Wort steht, in dasselbe willkührlich hineintragen, oder mit Unterholzner das „omnimodo“ durch „in der Regel“ übersetzen will, in dem Gesetze nach allen Grundsätzen der Interpretation kein anderer Sinn finden, als der, nach Verlauf von zwei Jahren solle jene Einrede **ganz und gar nicht**, also auch nicht mit Uebernahme der Beweislast mehr gestattet werden. So nehmen es denn auch Theophilus[96]), und die Basilica[97]). Was endlich noch die theoretischen Gründe, die man gegen die heutige Anwendbarkeit dieser

---

93) L. un. C. Th. cit. verbis: „si iure delata contestationibus tempora debitor taciturnus exegit, cavillationis istius perdat obstaculum. . . .

94) Nov. 100. cap. 1.

95) L. 8, l. 14. pr. §. 3, 4. C. de n. n. pecunia (4, 30).

96) Theophilus ad §. 3. I. de except. (4, 13).

97) Basilica lib. 23. tit. 1. cap. 70 in fin. cap. 72. (edit. Fabroti Tom. 3. pag. 329).

Vorschrift gewöhnlich geltend macht, anbetrifft, so sind diese sämmtlich von geringer Erheblichkeit und bereits von Anderen, namentlich von Vinnius, Reinharth und Pfeiffer a. a. O. gründlich wiederlegt worden.

§. 34.

Dagegen aber läßt es sich nicht in Abrede stellen, daß über diese Frage von jeher verschiedene Ansichten statt gefunden haben [98]), und daß, wenn auch die richtigere Meinung keinesweges ganz aus der Praxis verschwunden ist [99]), dennoch die mehr verbreitete Meinung dahin geht, daß man jetzt in den Gerichten den Schuldner nach Ablauf des biennii noch mit dem Gegenbeweise der nicht erhaltenen Valuta zuzulassen pflege [100]). In Hamburg ist dieses durch ein ausdrückliches Gesetz so bestimmt [101]). Wo es aber an einem solchen Gesetze fehlt, da muß bei einem Punkte, der von jeher allgemein für so zweifelhaft gehalten worden ist, wie dieser, zunächst auf dasjenige gesehen werden, was dort das Herkommen und der Gerichtsgebrauch mit sich bringen. Da nun in Frankfurt eine gesetzliche Vorschrift hierüber nicht vorhanden ist; auch es an Zeugnissen darüber, ob dort in der Hinsicht ein Gerichtsgebrauch bestehe, fehlte [102]), so verwarf das Oberappellationsgericht am 7ten Febr. 1824 J. S. Meisinger c. Lindheimer, zwar die vom Beklagten post biennium vorgeschützte exceptio non numeratae pecuniae gänzlich, aber nur insofern er nicht den zwiefachen Beweis zu erbringen vermöchte, daß er keine Valuta erhalten habe, und daß dieser Beweis nach den in Frankfurt befolgten Grundsätzen für zulässig erachtet werde.

---

98) Scholia ad Basilica Tom. 3. pag. 355, 6; 362. Glossa ad l. 14. pr., §. 3. C. de n. n. pec. (4, 30). Azo in Summa Codicis ad tit. d. n. n. pec. nr. 6.

99) Wernher observat. for. P. 1. obs. 6. Hommel rhapsodia quaest. Vol. 1. obs. 250.

100) S. oben Not. 86.

101) Hamburg. Statut. Th. 1. Tit. 24. a. E. vgl. mit Slüter l. not. 87. cit. §. 23—25.

102) Vgl. Orth Anmerk. z. frankf. Reform. 1ste Forts. S. 545; 4te Forts. S. 659. v. Adlerflycht frankf. Privatr. Th. 4. §. 515.

X.

Müssen auch bei einem Platzwechsel die Vormänner von dem erhobenen Proteste benachrichtigt werden? *)

§. 1.

In sehr vielen Wechsel-Ordnungen findet sich die bestimmte Vorschrift, daß wenn der zur Acceptation oder zur Zahlung präsentirte Wechsel von dem Trassaten oder Acceptanten nicht gebührend honorirt, und deshalb ein Protest erhoben wird, der Inhaber des Wechsels verpflichtet sei, hievon ungesäumt dem Vormanne Nachricht zu ertheilen, an welchen er seinen Wechselregreß zu nehmen gemeint ist. Wird nun hiebei etwas versäumt, so ist jedenfalls der Regreß im Wege des Wechselprozesses verloren, und die Indossanten werden mehrentheils von jeder Regreßnahme befreiet, der Trassant aber wenigstens dann, wenn er durch die verspätete Protesterhebung oder Benachrichtigung in Schaden versetzt worden ist [1]). Diese Verpflichtungen des Inhabers beruhen darauf, daß er der Bevollmächtigte zu seinem eigenen Besten (procurator in rem suam) des Trassanten und der früheren Indossanten ist. Will er sich nämlich annoch an diese seine Vormänner halten, so muß

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp. I. Bd. S. 535 — 544.

1) Franck institut. iur. camb. lib. 1. sect. 4. tit. 1. §. 23; tit. 5. §. 1 — 4 u. 7. — Heineccius de vitiis negot. collyb. c. 2. §. 24; und elementa iur. camb. c. 4. §. 28. 31. coll. 38. Riccius Exercit. iur. camb. exerc. 10. sect. 5. §. 10. — Siegel Einleitung zum Wechselr. Cap. 4. §. 29. coll. §. 30. 32. — Sieveking Material. d. Wechselr. §. 142. u. 143. coll. §. 300. — S. hiebei namentlich die Brem. W. O. v. J. 1712 Art. 9 — 11. Preuß. Landr. Th. 2. Tit. 8. §. 1047, 1054, 1121, 1123 und 1125 coll. §. 974. — Weimar. W. O. v. J. 1819. §. 132, 135, 146. — Hannov. W. O. v. J 1822. §. 21, 26, 30. Jacobsen Umriß des engl. Wechselrechts S. 59—65. — Weniger strenge sind in Betreff der Benachrichtigung der Vormänner der Code de comm. art. 165. und das Niederländische Handelsgesetzbuch v. J. 1826. Buch 1. Tit 7. Art. 83 u. 84.

er dann auch gegen sie alle Pflichten eines Procurators erfüllen, mithin dieselben von allen Vorfällen, welche sie interessiren können, benachrichtigen, und es ihnen namentlich ungesäumt melden, wenn ihr Auftrag, die Annahme und Zahlung des Wechsels zu bewirken, aus irgend einem Grunde gar nicht, oder doch nicht gehörig hat ausgerichtet werden können.

§. 2.

Diesen Grundsätzen folgt nun insonderheit auch die Hamburgische Wechselordnung, sowohl bei Wechseln die von fremden Orten her auf Hamburg gezogen, als auch bei solchen die von Hamburg aus auf einen anderen Platz abgegeben worden sind. In Betreff der ersteren enthalten bereits die Statuten die demnächst in der Wechselordnung wiederholte Vorschrift: „Wann ein Wechselbrief von fremden Orten kommt, und auf Einen zu acceptiren assigniret ist, derselbe aber zu acceptiren sich geweigert, so mag der Einhaber den Wechsel-Brief alsobald protestiren lassen, und ihn nebst dem Protest zurücksenden; will er aber demselben, so acceptiren soll, zu Gefallen 3 Tage warten, soll ihm solches ohnpräjudicirlich und ohnschädlich sein, dafern inmittelst kein Bothe oder Post nach dem Ort, da das Geld ausgezahlet ist, gehen würde“ [2]). In dieser Vorschrift ist es freilich weder mit klaren Worten ausgesprochen, daß die Vormänner unverzüglich von dem erhobenen Proteste benachrichtigt werden sollen, noch daß im Unterlassungsfalle ein Verlust des Wechselregresses eintreten soll; allein das Erstere liegt darin, daß mit der Erhebung des Protestes nur dann ein kleiner Anstand genommen werden darf, wenn inmittelst keine Post nach dem Wohnorte des Vormannes abgeht, und das Letztere ergiebt sich aus anderen Stellen der Wechselordnung, die dieses Präjudiz für verwandte Fälle bestimmt namhaft machen [3]). Dasselbe was in diesem Artikel von der Protesterhebung bei verweigerter Acceptation des Wechsels geordnet ist, findet sich im Artikel 32. für den Fall wiederholt, wenn der Wechselbrief zur rechten Verfallzeit nicht bezahlt wird; nur daß hier das Ganze, was der Inhaber alsdann vorzunehmen hat, mit dem allgemeinen Namen einer „gehörigen Protestirung“ bezeichnet wird. — Was sodann die von Hamburg aus auf andere Plätze gezogenen Wechsel anbe-

---

2) Hamburg. W. O. Art. 9; vgl. mit d. Hamb. Statut. Th. 2. Tit. 7. Art. 2, 3. Vgl. (Sieveking) Materialien zum Wechselrecht §. 46.

3) Hamburg. W. O. Art. 32, 34, 38, 45.

trifft, so ist auch in Beziehung auf diese vorgeschrieben, der Inhaber müsse den Protest über verweigerte Acceptation oder Zahlung in rechter Zeit belegen lassen und nach Hamburg senden, widrigenfalls er seine Klage gegen den Prinzipal-Aufnehmer damit verloren habe, und sich an den Acceptanten halten müsse[4]). Daneben findet sich nun noch eine gleiche Vorschrift für den Fall eines eintretenden Fallissements, die dahin lautet: „Wann ein Acceptant eines Wechsels zu falliren kommt, ist der Einhaber, ob schon der Wechsel noch nicht verfallen, zu protestiren schuldig, so bald ihm solches Fallissement wissend wird, und solchen Protest zurück zu senden, oder nach Maaßgebung des 32sten Artikels, bei dem Indossenten sich damit anzumelden, um auf Verfallzeit seinen Regreß zu haben" [5]). Dieser Artikel giebt durch seine Bezugnahme auf den 32sten Artikel, wo blos eine gehörige Protestation genannt war, zu erkennen, daß unter letzterer die Benachrichtigung der Vormänner mit verstanden ist, und er zeigt zu gleicher Zeit, daß solche Benachrichtigung sowohl an die auswärtigen Vormänner durch die Uebersendung des Protestes, als auch an die an demselben Orte anwesenden, durch Vorzeigung desselben, geschehen muß. Es unterliegt daher keinem Anstande, daß auch nach dem hamburgischen Wechselrechte bei einem von dem einen Orte auf den andern gezogenen Wechsel die auswärtigen sowohl als die anwesenden Vormänner von dem Proteste wegen verweigerter Acceptation oder Zahlung unverzüglich benachrichtigt werden müssen; und daß, wenn diese Benachrichtigung unterbleibt oder auch nur verzögert wird, dieses wenigstens den Verlust des Wechselregresses an den Vormann zur Folge hat[6]).

§. 3.

Diese Vorschriften des hamburgischen Rechtes und die ähnlichen in anderen Wechselordnungen, beziehen sich aber nur auf den Fall, wenn Trassant und Trassat oder Acceptant an verschiedenen Orten wohnhaft sind, und es entsteht daher die Frage: ob das gleiche Verfahren, unter dem gleichen Präjudize, auch bei den sogenannten Platz-Wechseln beobachtet werden muß; was denn theils bei den Tratten, die der eine Kaufmann des Ortes auf den ande-

---

4) Hamburg. W. O. Art. 38.

5) Hamburg. W. O. Art. 45. coll. 34.

6) Klefecker Samml. d. Hamb. Ges. B. 6. S. 568, 585—9; 594, 5. Vgl. ein Präjudicat darüber v. J. 1692 im **Thesauro iur. prov. et statut. Tom. 1. pag. 1042. nr. XX.**

ren desselben Ortes zieht, theils bei den eigenen Wechseln, die man zu Gunsten eines an demselben Platze befindlichen Gläubigers ausstellt, und die in Giro gesetzt sind, zur Sprache kommt. Es scheinen der analogen Anwendung der oben erwähnten Vorschriften auf diese Fälle, mehrere Bedenken entgegen zu stehen. Zuvörderst nämlich erscheint es zweifelhaft, ob man überall ein in den Gesetzen für den Fall nicht bestimmt angedrohetes Präjudiz, und zumal ein so hartes Präjudiz, wie der Verlust des Wechselregresses, blos deshalb zur Anwendung bringen könne, weil es in einem ähnlichen Falle von den Gesetzen verordnet worden ist. Es scheint dieses um so bedenklicher, weil es sogar an der Gleichheit des Grundes fehlen möchte. Bei auswärtigen Wechseln muß nämlich die Benachrichtigung deshalb erfolgen, weil dem Auswärtigen die Vorfälle auf dem fremden Handelsplatze nicht genau und vollständig genug bekannt werden, und weil es ihm an den gehörigen Mitteln fehlt, sich auf eine leichte und zuverlässige Art davon zu vergewissern, ob es auch mit dem von ihm begebenen oder girirten Wechsel in der gehörigen Ordnung geht. Alles dieses scheint anders, wenn Trassant und Trassat auf dem Platze selbst sind, und dann ganz besonders in einem solchen Falle, wenn ein offenkundiges Hinderniß der Acceptation oder Zahlung des Wechsels eingetreten ist, z. B., wenn der Bezogene vor dem Verfalltage des Wechsels Concurs gemacht hat.

§. 4.

Dieser anscheinenden Gegengründe ungeachtet, muß aber doch auch bei Platzwechseln die Verpflichtung des Inhabers zur Benachrichtigung des Ausstellers, sofern er nicht zugleich, wie bei den eigenen Wechseln, der Acceptant ist, und der Indossanten angenommen werden. Denn wer einen Wechsel ausstellt oder begiebt, constituirt dadurch den Empfänger des Wechsels zu seinem Mandatarius in dieser Angelegenheit. Letzterer ist damit beauftragt, die Acceptation und die Bezahlung des Wechsels bei dem Bezogenen zu suchen, und zwar für sich selbst zu suchen. Wer daher den Wechsel begiebt, kann die Betreibung der Angelegenheit dem Inhaber überlassen und braucht sich um den weggegebenen Wechsel nicht weiter zu bekümmern, als daß er eventuell für den Regreß haftet, wenn der Inhaber solchen an ihn zu suchen sich veranlaßt findet. Grade deshalb, weil Trassant und Indossant bei der richtigen Honorirung des Wechsels nur dieses eventuelle Interesse haben, und es leidiglich der freien Willkühr des Inhabers überlassen bleibt, ob er sie im Entstehungsfalle in Anspruch nehmen will oder nicht, dürfen sie aber auch erwarten, daß er sie unge-

säumt davon in Kenntniß setzen werde, wenn es mit dem Wechsel nicht in Ordnung geht, und er gesonnen ist, ihre Garantie deshalb in Anspruch zu nehmen. — Es liegt mithin schon in der Natur der Verhältnisse, daß bei jedem begebenen Wechsel der Begebende ungesäumt benachrichtigt werden muß, wenn dieser Wechsel aus irgend einem Grunde nicht honorirt wird, und daß man es ihm anzeigt, er solle dafür noch weiter haften; folglich ist es kein ausreichender Gegengrund, daß es an der bestimmten gesetzlichen Vorschrift und der bestimmten Androhung eines Präjudizes für die Unterlassung in den Gesetzen fehlt.

§. 5.

Dieses Stillschweigen der Gesetze erklärt sich übrigens aus einfachen historischen Gründen leicht. Es ist nämlich eine bekannte Sache, daß aus Veranlassung des canonischen Verbotes des Zinswuchers, früherhin sowohl die eigenen Wechsel als auch die Tratten, die nicht von einem Platze auf den andern lauteten, dem Verdachte eines verkappten wucherlichen Geschäftes ausgesetzt und deshalb häufig ganz verboten waren [7]). Wenn nun auch dieses Verbot in späteren Zeiten mehrentheils verlassen ist [8]); so werden doch die eigenen Wechsel hauptsächlich nur für dem Kaufmanne anvertraute Depositо-Posten ausgestellt, und diese selten begeben; trassirte Platzwechsel aber sind in den mehrsten Handelsstädten noch jetzt eine Seltenheit [9]), und man denkt bei Tratten gewöhnlich an diese gar nicht mit. Wenn daher in den Wechselordnungen bei der Protestation der Wechsel und der Benachrichtung der Vormänner hievon immer nur von auswärtigen Tratten geredet wird, so hat dieses seinen Grund nicht darin, daß man einen Gegensatz mit diesen letzteren machen und sie von der gesetzlichen Vorschrift eximiren wollte, sondern entweder nur darin, daß man zur Zeit der

---

7) v. Martens vom Ursprunge des Wechselr. S. 30 — 45; und im Handelsrechte §. 116. Büsch Darstell. d. Handl. B. 1. S 62; B. 2. S. 117 — 180. Ausg. 3; und in der Handlungsbibliothek B. 1. S. 428 — 480. Vgl. z. B. die, jetzt in diesem Stücke nicht mehr befolgte, Wechselordn. von Bremen v. J. 1712. Art. 61.

8) Eine Ausnahme hievon machen das französische und das niederländische Recht, die noch jetzt trassirte Platzwechsel nicht zulassen. Code de Comm. art. 110. PARDESSUS cours de droit commercial; Tom. 2. pag. 336, 7; 349, 50. Niederl. Handelsr. I. 7. Art. 1.

9) Eine Ausnahme macht Bremen, wo bei'm Waarenhandel auf dem Platze der Verkäufer über den Kaufpreis auf den Käufer zu trassiren, und Letzterer solchen s. g. Waarenwechsel, der auf eine bestimmte Zeit a Dato lautet, zu acceptiren pflegt.

Abfassung der Wechsel-Ordnung noch keine trassirte Platzwechsel gestattete, oder darin, daß man an dieselben nicht dachte. In dem ersteren Falle muß man nun aber, wenn man jetzt solche Wechsel zuläßt, dabei auch alle näheren Bestimmungen anwenden, welche die Wechselordnung für die früher allein statthaften auswärtigen Tratten aufstellt, insoweit nicht etwa die Verschiedenheit der Verhältnisse ein Anderes mit sich bringt. In dem letzteren Falle aber erscheint die Erwähnung des Trassirens von einem Platze auf den andern nur als etwas Enunciatives, was an und für sich nicht dazu benutzt werden kann, um daraus Folgerungen abzuleiten.

§. 6.

Es müßte also, um bei Platzwechseln die Verpflichtung zur ungesäumten Benachrichtigung der Vormänner von dem Proteste wegfallen zu lassen, ein genügender Grund hiefür in der Verschiedenheit der Fälle gefunden werden können. Das ist aber keineswegs der Fall. Zuvörderst nämlich könnte die Acceptation oder Bezahlung eines solchen Wechsels aus Gründen verweigert werden, die nichts Offenkundiges enthalten, und wobei die Vormänner von der Weigerung des Bezogenen nur durch den Inhaber selbst die gehörige Kunde erhalten können. Man setze z. B. der Bezogene hätte seinem Freunde die Annahme der Tratte zugesagt, verweigerte sie aber gleichwohl nachher dem Präsentanten ohne seine Sinnesänderung dem Trassanten mitzutheilen, so wird Letzterer voraussetzen, es sei mit dem Wechsel Alles in Ordnung gegangen, wenn ihm nicht der Inhaber das Gegentheil anzeigt. Wäre ferner das Fallissement des Acceptanten erst zu einer Zeit eingetreten, wo der Wechsel bereits in den Respittagen keinen Gebrauch zu machen, so würden die Vormänner annehmen müssen, es sei auf diesen Wechsel noch die gebührende Zahlung geleistet worden, wenn der Inhaber sie nicht davon in Kenntniß setzte, daß das nicht geschehen sei. — Wenn endlich ein Platzwechsel seinen Giro über fremde Handelsstädte genommen hätte, so wäre dann doch für die auswärtigen Giranten eine Benachrichtigung eben so nothwendig, als bei den von oder nach auswärts gezogenen Tratten. Lassen sich nun aber so sehr viele Fälle nachweisen, in welchen selbst bei Platzwechseln die Benachrichtigung der Vormänner nothwendig sein würde, so erscheint es schon an sich unzulässig, diese Art von Wechseln von der gesetzlichen Vorschrift, welche die ungesäumte Benachrichtigung der Vormänner von dem erhobenen Proteste verlangt, auszuschließen; und würde dadurch die Sache nur in eine Ungewißheit und in ein Schwanken gebracht werden, welche dem Geiste

des Wechselrechtes, welches eine strenge Beobachtung der Formen erheischt, ganz entgegen wären. Eben so sehr, wie man daher bei einem auswärtigen Wechsel die Benachrichtigung der am Wohnorte des Bezogenen anwesenden Vormänner verlangt, wenn solche Wechsel nicht honorirt werden, so muß diese Benachrichtigung auch bei einem Platzwechsel erfolgen.

§. 7.

Nach diesen Grundsätzen bestätigte das Oberappellationsgericht am 31. October 1825 in S. Meier c. Frodien das Erkenntniß des hamburgischen Obergerichtes, welches den Kläger mit seiner Wechselklage aus einem von dem Beklagten auf einen andern Hamburger gezogenen Wechsel um deshalb abgewiesen hatte, weil der Kläger als Inhaber des Wechsels zwar wohl am letzten Respittage die Zahlung darauf vom Acceptanten verlangt und bei Verweigerung derselben gehörig protestirt, aber es versäumt hatte, davon den Trassanten damals gebührend in Kenntniß zu setzen. Es erachtete nämlich das Oberappellationsgericht den Wechsel dadurch für präjudicirt, indem es theils von den oben entwickelten allgemeinen Grundsätzen ausging, theils wenigstens aus dem concreten Grunde die Benachrichtigung des Trassanten für nothwendig hielt, weil die Insolvenz des Acceptanten erst nach dem Verfalltage des Wechsels ausgebrochen war, in Hamburg aber es allgemeine Sitte ist, gleich am Verfalltage, und nicht erst in den Discretionstagen, einen fälligen Wechsel zu berichtigen, so daß der Trassant befugt war, den Wechsel für bezahlt zu achten, so wie der Inhaber ihm vom Gegentheil keine Anzeige machte.

XI.

Ueber die Verpflichtung des Interimswirths, Unfälle zu ersetzen.*)

§. 1.

Wenn während der Minderjährigkeit des Anerben die Hofstelle dem Stiefvater, was der gewöhnliche Fall ist, oder einem Anderen zur interimistischen Bewirthschaftung übertragen wird [1]), so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Interimswirth ein dingliches Recht an der Stelle erhält, und daß ihm alle durch eine ordnungsmäßige Benutzung derselben zu ziehenden Früchte und Einkünfte zufallen; daß er aber wegen seiner Verbindlichkeit, die Stelle künftig an den Anerben zu restituiren, weder zur Veräusserung des Hofes, noch zu einer wesentlichen Veränderung der Substanz desselben berechtigt ist [2]). Auf der anderen Seite unterliegt es eben so wenig einem Bedenken, daß der Interimswirth nicht bloß verpflichtet ist, alle öffentlichen Abgaben und Lasten, alle Leistungen an die Gutsherrschaft, wo eine solche vorhanden ist [3]), und Alles, was sonst von wegen der Stelle an Dritte, z. B. an Pfandgläubiger derselben, entrichtet werden muß, während seiner Mahljahre in gleicher Maaße zu übernehmen, wie solches dem Stellbesitzer selbst

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp II. B. S. 93 — 111.

1) C. L. Runde von der Interimswirthschaft, §. 30, 31. Eichhorn deutsches Privatrecht, §. 366. (Ausg. 3.). Mittermaier (Grundsätze d. deutsch. Privatr. §. 447. Ausg. 3.) stellt die Sache so, als wenn der Hauptfall die Bestellung eines Fremden zum Interimswirthe wäre.

2) Runde a. a. O. §. 68, 69. Plate Bemerk. über d. Meierrecht im Fürstenthum Lüneburg. Ausg. von Hagemann, S. 57.

3) Runde a. a. O. §. 27. weist nach, daß das Institut auch bei Bauergütern vorkommt, von denen nur ein geringer Zins entrichtet wird, und die im freien Eigenthume des Bauern stehen. Der Umstand hat aber auf die rechtlichen Verhältnisse bei der Sache keinen wesentlichen Einfluß. Vgl. Runde a. a. O. S. 180.

obgelegen haben würde[4]), sondern, daß er ausserdem auch gehalten ist, den Anerben und dessen Geschwister auf der Stelle zu alimentiren und groß zu ziehen[5]); und daß er im öffentlichen Interesse, so wie im Interesse der Gutsherrschaft und des Anerben, der Stelle als ein sorgsamer Hauswirth vorzustehen und sie im gehörigen Stande zu erhalten hat[6]). Der Interimswirth erscheint also Dritten gegenüber als wahrer Stellvertreter des Colonen, als ein Verwalter des Colonatrechts, der jedoch diese Verwaltung nicht für Rechnung des künftigen Stellbesitzers und dessen Geschwister, sondern für seine eigene Rechnung führt, und gegen die zuletzt erwähnten Personen nur bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen hat[7]). Für die gewöhnlichen Verhältnisse giebt nun diese Beschaffenheit des Institutes ausreichende Entscheidungsnormen an die Hand; allein eine sehr schwierige Frage, die sich weder in den Hofrechten und Meierordnungen entschieden, noch von den Schriftstellern über die Lehre mit gehöriger Klarheit und Bestimmtheit entwickelt findet, ist die: wie sich das Rechtsverhältniß in dem Falle gestaltet, wenn während der Wirthschaftsjahre der Hof oder dessen Inventarium von ungewöhnlichen Unglücksfällen betroffen wird; ob, und eventuell wie weit, der Interimswirth für solche aufkommen muß? Brennen z. B. die Gebäude des Hofes ab, vernichtet eine Sturmfluth die die Ländereien schützenden Deiche, so daß neue und kostbare Werke nöthig werden; rafft ein Viehsterben den Viehstand des Hofes hin, so liegt es freilich dem Interimswirthe, als sorgfältigen Colonen, ob, schleunigst die geeigneten Maßregeln zu ergreifen, um den Schaden baldigst wieder zu repariren und die Stelle vor weiterem Schaden und Nachtheil zu bewahren; und muß er daher ohne Zweifel für die Herstellung der erforderlichen Wirthschaftsgebäude und Deiche, so wie für die Wiederanschaffung des nothwendigen Viehstandes Sorge tragen[8]); allein eine ganz

---

4) Runde a. a. O. §. 60, 62, 64. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts, B. 5. S. 325, 6.; ein bloßer Nachhall der Rundeschen Schrift. Plate a. a. O. S. 56.

5) Lennep von der Leyhe zu Landsiedelrecht. Cod. probat. pag. 388; 392, 3. Runde a. a. O. §. 63. Plate a. a. O. S. 56. Eichhorn a. a. O.

6) Runde a. a. O. §. 56—58. vgl. mit S. 35; 43, 4; 70—5; 155; 169.

7) Runde a. a. O. S. 83, 188, 189. Sommer von den Bauergütern in Westphalen, S. 149, 150. Mittermeier a. a. O. Wie sehr man den Interimswirth als interimistischen Colonen ansah, ergiebt namentlich der Umstand, daß man auch auf ihn den Grundsatz, die Luft macht eigen, anwandte. Eichhorn a. a. O. §. 70. Nr. 3.

8) Runde a. a. O. S. 191, 2.

andere und eigentlich bedenkliche Frage ist die, ob er dieses auf seine, oder auf Kosten des Anerben vornehmen muß, und ob er, wenn er den erforderlichen Aufwand aus dem Seinigen bestritten hat, demnächst bei der Abtretung der Stelle vom Annehmer derselben dafür ganz oder theilweise Ersatz begehren kann?

§. 2.

Bei der Erörterung dieser Frage muß im einzelnen Falle zunächst auf die Verabredungen gesehen werden, welche bei der Constituirung der Interimswirthschaft zwischen den Betheiligten getroffen worden sind. Allein in der Regel werden diese über den Punkt keine genügende und umfassende Auskunft ertheilen, etwa mit Ausnahme des Inventars der Stelle. Unfälle, welche die Substanz des Gutes in bedeutender Maße betreffen, werden gerade, weil sie nichts Gewöhnliches sind, nicht speciell bedacht; und nur bei dem Inventarium, bei welchem, schon nach dem regelmäßigen Gange, einzelne Stücke abgängig werden, und einer Erneuerung, oder der Substitution eines anderen bedürfen, pflegt wohl eine Taxation hinzugefügt und dadurch zu erkennen gegeben zu werden, daß man diese zum freieren Eigenthume an den Interimswirth übertrage, und daß er nicht verpflichtet sein solle, solche in specie, sondern nur in Stücken gleicher Art und Güte zu restituiren. Darin liegt mithin eine Art von Verkauf des Inventars [9]), und folgt daraus, daß der Interimswirth als Käufer desselben auch die Gefahr tragen, und selbst den ungewöhnlichen [10]) casuellen Verlust dabei wieder aus dem Seinigen ersetzen muß. Sieht man aber von diesem besonderen Punkte ab, so lautet die Verabredung, welche die Interessenten unter Genehmigung der Gutsherrschaft zu treffen pflegen, gewöhnlich nur in unbestimmter Allgemeinheit dahin, daß der Interimswirth den Hof mit allem Zubehör übernehmen, solchen

---

9) „Cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus: sicut fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur.“ l. 3. D. locati (19, 2.) l. 54. §. 2. eod. coll. l. 10. §. 5; l. 42. D. de iure dotium (23, 3.) l. 5. C. eod. (5, 12.) l. 22. pr. D. rerum amotarum (25, 3.) Vgl. Plate a. a. O. S. 57, 58.

10) Denn die Pflicht zur modica refectio, und zur Anschaffung neuer Inventarienstücke, die nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge unbrauchbar werden, ist schon eine mit dem vollen Fruchtgenuß verbundene Last, die namentlich von dem Nießbraucher, und von dem Ehemanne bei der dos zu tragen ist. l. 7. §. 2, 3; l. 9. §. 6; l. 13. §. 2; l. 18; l. 44; l. 45; l. 68. §. 2. — l. 70. pr. D. de usufructu (7, 1.) l. 12, 13, 15. D. de impens. in res dot. (25, 1.)

für den Anerben während der Mahljahre offen halten und bewirthschaften, nach Ablauf der stipulirten Zeit aber solchen in demselben Zustande, wie er ihn erhalten, an den Stellbesitzer zurückgeben solle [11]). Hier könnte nun freilich die letztere Clausel dahin verstanden werden, daß die Stelle mit ihrem Zubehör auch in dem Falle in derselben Maße, wie der Interimswirth sie überkommen hatte, zurückgegeben werden solle, wenn die Substanz durch unverschuldetes Unglück verschlechtert worden ist, so daß, wenn eine Wiederherstellung des Schadens nicht möglich war, sogar ein Ersatz dafür geleistet werden müsse. Allein diese Auslegung würde gegen die Meinung der Contrahenten verstoßen; denn, wer eine Sache im ursprünglichen guten Zustande zu restituiren verspricht, wie solches z. B. bei Mieth- und Pacht-Contracten häufig zu geschehen pflegt, der ist damit nicht gemeint, für einen casuellen Untergang der Sache aufkommen, sondern nur, eine sorgfältige Behandlung derselben zusagen, und daneben noch wohl die Bestreitung der gewöhnlichen Unterhaltungskosten aus seinen Mitteln versprechen zu wollen. Es wird Niemandem einfallen, daß der Miether, welcher die Wohnung in dem erhaltenen Zustande wieder abzuliefern versprochen hat, sie auf seine Kosten wieder aufbauen lassen müsse, wenn sie durch einen unverschuldeten Brand vernichtet worden ist. Wo die Uebernahme des Zufalls nicht schon in der Natur des Geschäftes liegt, da bedarf es stets einer unzweideutigen, bestimmten Verabredung, daß man die Assecuranz der Sache übernehmen wolle, sonst tritt bei einem Versprechen der Restitution in unverdorbenem Zustande eben so gut, wie in dem Falle, wo bereits die Gesetze solches zur Pflicht machen, die Ausnahme ein, daß solche Verpflichtung wegfällt, wenn der Verlust oder die Beschädigung von reinen Unglücksfällen herrührt [12]).

---

11) Plate a. a. O. S. 54, 55.

12) Cf. l. 25. §. 3. D. locati (19, 1.) Dagegen kann man sich nicht auf die l. 30. §. 4. eod. berufen; denn die dort erwähnte Stipulation, „ut villam incorruptam redderet“ mußte deshalb im Ganzen mit auf casuelle Beschädigungen bezogen werden, weil die hinzugefügten Ausnahmen „praeter vim et vestutatem“ Fälle des casus betrafen, und daraus die Absicht der Contrahenten hervorging, die vorangegangene Stipulation incorruptam reddi in der an sich möglichen, aber ungewöhnlicheren, allgemeineren Bedeutung zu nehmen, wonach sie auch das Versprechen, casuelle Beschädigungen zu repariren, mit umfaßte. Es war das also ein Fall, wo nach der Regel, species adiecta ampliat genus (Averanii interpret. iur. lib. 3. c. 20. nr. 9, 10; c. 21. nr. 18.), interpretirt werden mußte. — So erkannte in Betreff der Interimswirthschaft das OAGericht in den weiter unten noch näher anzuführenden Rechtssachen Brügmann c. Brügmann.

§. 3.

Entscheidet nun im einzelnen Falle der dem Interimswirthe ertheilte Hausbrief die Sache nicht, so läßt sich die Frage auch nicht aus Analogien unsers gemeinen Rechtes beantworten. Es bieten sich, da hier nur ein temporäres Verhältniß in Frage steht, zwei Analogien dar, die möglicher Weise in Betracht gezogen werden könnten: die Analogie der Miethe und die des Nießbrauches, oder, was in den rechtlichen Folgen mit Letzteren übereinstimmt, eines noch in den Händen des Fiduciars befindlichen Fideicommisses. Nach beiden Analogien würde der Interimswirth nicht verpflichtet sein, die für die Reparation eines erheblichern Unfalls nothwendigen Kosten aus seinen eigenen Mitteln zu bestreiten, und würde er nach der Analogie des Fiduciars höchstens dazu gehalten sein, sich für die Zeit, wo er die neuerdings angeschafften Gegenstände selbst noch besessen und benutzt hat, etwas anrechnen zu lassen [13]). Allein die Verhältnisse sind hier überall wesentlich anders. Dem Pächter kann zuvörderst der Interimswirth um deshalb nicht verglichen werden, weil Jener ein mit dem Ertrage des Gutes im Verhältniß stehendes Pachtgeld entrichtet, und er durch die Leistung desselben schon die Kräfte verliert, um noch ausserordentliche Unfälle abhalten zu können, wozu vielmehr der Verpächter durch das eingenommene Pachtgeld eher in den Stand gesetzt wird. Der Interimswirth hingegen hat, ausser der auf dem Lande nicht eben hoch anzuschlagenden Alimentation des Anerben und dessen Geschwister, nur diejenigen Prästationen von dem Gute zu machen, welche der Stellbesitzer selbst leisten und daneben doch noch die Mittel finden müßte, unvorhergesehene Unfälle zu tragen und deren Folgen zu verwischen. Es könnte mithin der Interimswirth schon nach dem Grundsatze, daß die zu tragenden Nachtheile mit den zu genießenden Vortheilen in einem gehörigen Verhältnisse stehen sollen, viel eher zu ausserordentlichen Leistungen angestrengt und verpflichtet geachtet werden, als solches bei dem Pächter rechtlich der Fall ist. Noch weniger aber kann die Analogie des Nießbrauches und des Fideicommisses in Betracht kommen. Bei beiden Instituten ist es wesentlich darauf abgesehen, dem Nutznießer, so wie dem zeitigen Inhaber des Fideicommisses, einen Genuß und einen Vortheil zu-

13) l. 40. § 1. D. de condict. indeb. (12, 6). l. 58, 59. D. de leg. I. (30.) l. 77. §. 18. D. de leg. II. (31.). coll. l. 22. §. 3; l. 58. §. 6. D. ad SCtum Trebell. (36, 1.) — In Betreff des Nießbrauches vgl. Note 10; und in Betreff des Pächters, der in einem solchen Falle, statt für den Schaden aufkommen zu müssen, sogar Nachlaß am Pachtgelde verlangen kann, l. 9. §. 2.; l. 15. §. 2, 3.; l. 25. §. 6.; l. 30. §. 1. D. locati (19, 2.).

zuwenden. Hier ist daher die Natur eines Rechtes das durchaus Vorherrschende, wie sich dieses schon daraus ergiebt, daß der Berechtigte unbedingt befugt ist, auf sein Recht für die Folge Verzicht zu leisten, und sich damit ohne Weiteres aller der Verbindlichkeiten, bereits eingetretene casuelle Beschädigungen der Sache wieder herzustellen, zu entledigen, die ihm obgelegen haben würden, wenn er den Genuß derselben fortwährend behalten hätte[14]). Ganz anders verhält es sich in der Hinsicht mit dem Interimswirthe, der für die eingeräumte Benutzung der Stelle die bestimmte Verbindlichkeit übernommen hat, die Pflichten des Stellbesitzers gegen den Staat und gegen den Gutsherrn zu erfüllen, den Hof im gehörigen Zustande zu erhalten und für die Ernährung und Erziehung des Anerben und der Geschwister desselben zu sorgen; und bei welchem diese Pflichten als wesentliche Bedingungen des Geschäftes anzusehen sind, und dieses selbst so durchaus als ein zweiseitiges erscheint, daß der Interimswirth überall nicht für berechtigt erachtet werden kann, sich dieser übernommenen Verpflichtungen dadurch einseitig zu entschlagen, daß er auf den ferneren Genuß der Stelle vor Ablauf der Wohnjahre Verzicht leistet[15]).

§. 4.

Eben so wenig läßt sich aber auch unsere Frage allein aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, ohne dabei die besondere Natur der Interimswirthschaft zu Hülfe zu nehmen, beantworten. Wollte man sich nämlich auf die Rechtsregel, casum sentit dominus, berufen, so würde damit in der Sache nichts gewonnen sein; denn diese Regel entscheidet nur darüber, wer durch den Untergang einer Sache zunächst verliert, und daß Verpflichtungen Dritter, für solche verlorne Rechte einen Ersatz zu leisten, an sich und von besonderen Rechtsgründen abgesehen, nicht eintreten; sie läßt aber die Frage unerledigt, ob es nicht gerade die besondere Natur eines bestehenden obligatorischen Verhältnisses mit sich bringt, daß ein Anderer dem jetzigen oder künftigen Eigenthümer der verunglückten oder beschädigten Sache für die nachtheiligen Folgen des Unfalles Entschädigung zu geben habe. Brennt z. B. ein Gebäude ab, woran dem Ersten das Eigenthum, dem Zweiten eine Hypothek, dem Dritten ein Nießbrauch zustand, und welches vom Eigenthümer einem Vierten verkauft, aber noch nicht tradirt war; so bringt es es jene Regel mit sich, daß der Eigenthümer sein Eigenthum, der

---

14) l. 48. pr.; l. 64. coll. l. 65. pr. D. de usufructu (7, 1.), coll. l. 6. §. 2. D. si serv. vindic. (8, 5.)

15) Runde a. a. O. S. 191, 2.

Pfandgläubiger sein hypothekarisches Recht, der Nießbraucher seinen Genuß des Hauses verliert, und daß die beiden Letzteren, die als solche zum Eigenthümer in keinem obligatorischen Verhältnisse standen, von diesem die Herstellung der Sache oder einen Schadensersatz nicht begehren können, eben so wenig, als umgekehrt er von ihnen. Aber die Regel entscheidet nichts zwischen dem Eigenthümer und dem Käufer, und widerstreitet es derselbe nicht, daß der Käufer nun gleichwohl noch den Kaufpreis entrichten muß, und daß es hiedurch im endlichen Resultate dazu kommt, daß er den durch das Verbrennen des Hauses eingetretenen Schaden tragen muß. Eben so verhält es sich bei dem Interimswirthe. Brennt das Hofgebäude ab, so verliert der Anerbe daran das Eigenthum, der Interimswirth seine Rechte als interimistischer Colon; es folgt aber daraus an sich nichts über die Verpflichtung des Einen oder des Anderen, die Kosten zur Herstellung des Gebäudes zu bestreiten, vielmehr läßt sich diese Frage nur aus der Natur des zwischen ihnen bestehenden Contractsverhältnisses entscheiden. Eher könnte man sich auf den anderen Grundsatz berufen, daß species perit ei cui debetur, und daraus folgern, daß der Interimswirth, der den Hof und seinen Zubehör dem Anerben demnächst in specie zu restituiren hat, es diesem überlassen dürfe, das Verunglückte oder Beschädigte demnächst wieder herzustellen. Allein auch diese Regel, die schon nach dem gemeinen Rechte manche Modificationen erleidet, könnte nur dann als letzte Aushülfe benutzt und zur Anwendung gebracht werden, wenn sich aus der besonderen Natur der Verhältnisse und aus dem Wesen der von dem Interimswirthe übernommenen Verpflichtungen keine specielle Norm der Entscheidung ableiten ließe; denn bei jedem Rechtsinstitute, welchem doch überall im Wesentlichen eine und dieselbe allgemeine Idee zum Grunde liegt, die sich aus der Veranlassung und dem Zwecke derselben ergiebt, muß vor allen Dingen eine hieraus abgeleitete Entscheidungsnorm befolgt werden, und läßt sich erst in Entstehung derselben auf allgemeinere Rechtsgrundsätze oder Analogien des Rechtes zurückgehen [16]). In unserm Falle läßt sich aber allerdings aus den wesentlichen Zwecken der Einrichtung die Norm der Entscheidung entnehmen.

§. 5.

Sehen wir nämlich auf den historischen Ursprung des Institutes, so hängt dasselbe offenbar damit zusammen, daß in der älteren

16) Ueber dieses hermeneutische Princip vgl. hinsichtlich der Interimswirthschaft Runde a. a. O. §. 13.

Zeit es bei den germanischen Völkern die Liegenschaften waren, worauf alle öffentlichen Dienste und Abgaben hafteten, und woraus begüterte Privatleute ihre Einkünfte, häufig mittelst Verleihung an Dritte, zogen. Dadurch bildete sich die Ansicht, daß eigentlich die Hufe es sei, welche dem Manne seine politische und ökonomische Existenz gewähre, und daß daher vor allen Dingen das Interesse der Hufe, oder, wenn man lieber will, aller derer, die bei der Hufe betheiligt waren, berücksichtigt und für die Erhaltung derselben in gehörigem Stande Sorge getragen werden müsse. So wie daher bei den verliehenen Gütern sich allmählig das Prinzip der Erblichkeit ausbildete, so trat hiebei, und zwar sowohl bei Lehngütern, als bei Allodialgütern, doch die Beschränkung ein, daß der berufene Erbe tüchtig sein mußte, dem Gute vorzustehen, und sowohl die mit dem Besitze verknüpften Pflichten zu erfüllen, als auch durch gehörige Bewirthschaftung desselben die für die Leistungen und Abgaben erforderlichen Einkünfte daraus zu ziehen. War daher der Erbe für beständig unfähig hiezu, so überging man ihn gänzlich, und sorgte höchstens für seinen Unterhalt aus dem Gute. Machte ihn aber nur seine Minderjährigkeit hiezu unfähig, so zog bei Lehng[illegible]rn anfänglich der Lehnsherr inzwischen die Einkünfte des Gutes, bis daß der Lehnsfolger zu seinen Jahren kam, wie dieses Recht des Lehnsherrn, welches er aber auch an einen Dritten verleihen konnte, unter dem Namen des Angevelle bekannt ist[17]). Bei verliehenen Allodialgütern aber zog der Gutsherr die Stelle ganz ein und gab dem minderjährigen Anerben nur eine Abfindung aus derselben[18]). Diese Einrichtung modificirte sich

---

17) Auct. vet. de benef. cap. 1. §. 67. Sächs. Lehnr. Art. 28. vgl. mit dem Sachs. Sp. II. 58. a. E., und dort die Glosse. Eine gleiche Einrichtung fand auch in England unter dem Namen der custodia oder guarda statt, die dem Lehnsherrn während der Minderjährigkeit des Lehnsfolger gebührte, vermöge welcher er den Genuß des Lehns hatte, aber verpflichtet war, das Kind davon gehörig zu erhalten, und dessen Rechte so wie das Gut zu bewahren. Glanvilla lib. 7. cap. 9. Bracton de leg. et cons. Angliae lib. 2. cap. 37. §. 3. sqq. fol. 86, b. in fin., 87. Fleta lib. 1. cap. 11. §. 2, 3, 8, 9, 10. Horne Mirrour of Justices ch. 5. sec. 2. ed. a. 1768, pag. 253. Cowel inst. iur. Anglic. lib. 1. tit. 17.

18) Runde a. a. O. §. 6 — 8. Während der Minderjährigkeit des Erben nahm der Vormund das demselben angestorbene Heergeräthe, und trat es erst wieder an Jenen ab, so wie derselbe zu seinen Jahren gelangte. Sachs. Sp. I, 23. S. g. Schles. Landr. I, 6. dist. 1.; 43. dist. 3, 4. (bei Böhme diplomat. Beitr. IV, 8. u. 39.) So trat auch während der Minderjährigkeit des Anerben der Vormund für ihn bei den Bauersprachen wie bei der Landeshülfe ein, und übertrug ihm erst demnächst, wenn er zu seinen Jahren gekommen war, das Gut

aber bei beiden Arten der Güter sehr bald dahin, daß dieses nur als letztes Auskunftsmittel beibehalten, und vor allen Dingen darauf gesehen wurde, ob sich nicht ein fähiger Vertreter des Minderjährigen unter dessen Verwandten, ein Vormund, finde, der in jeder Beziehung die Pflichten, welche auf dem Gute hafteten, statt des berufenen Erben, zu erfüllen bereit sei. War dieses der Fall, so wurde er interimistisch mit dem Lehen oder mit dem Hofe beliehen, und galt nun für diese Zeit als der wahre Vasall oder Colon[19]). Bei Bauergütern hat diese Einrichtung sich auch in späterer Zeit erhalten, während sie bei den Lehngütern verschwunden ist, und hat man sie bei jenen besonders in dem Falle angewandt, wo der Bauer mit Hinterlassung einer Wittwe und minderjähriger Kinder verstorben war, Erstere nach den bestehenden ehelichen Güterverhältnissen und nach dem von der Gutsherrschaft bestätigten Hausbriefe Rechte auf die Stelle hatte, gleichwohl aber zur gehörigen Bewirthschaftung derselben und zur Erziehung der Kinder ohne männlichen Beistand nicht fähig war. Hier erlaubte man ihr, in der Person eines zweiten Ehemannes, der Stelle einen interimistischen Colonen, unter Genehmigung der Gutsherrschaft, zu ertheilen[20]).

§. 6.

Die ganze Veranlassung dieser Einrichtung führt nun offenbar dahin, daß man den Interimswirth nicht bloß in seinen Verhältnissen zur Gutsherrschaft und zum Staate dem wirklichen Stellbesitzer gleich achten, sondern daß man ihn auch als den Fürsorger für den Anerben ansehen muß; denn gerade deßhalb wird das Gut nicht interimistisch vom Gutsherrn eingezogen, damit der Stiefvater, oder wer sonst die Interimswirthschaft erhält, mit im

---

mit Schild und Lanze in der Hofsprache. Kindlinger Münsterische Beiträge, B. 1. §. 5. Note b. S. 11.; B. 2. §. 8. S. 47, und Note c. S. 48.; §. 9. Note c. und d. S. 52, 53.

19) Kindlinger a. a. O. B. 2. §. 27. S. 155., und Note b. S. 159, 160. An der letzteren Stelle führt er ein Weisthum an, wo auf die Frage, wie man sich mit dem Gute verhalten solle, wenn die Aeltern verstürben und unmündige Kinder nachließen, zur Antwort ertheilt wurde: „So sall man dat Guith tho dreen higenenn Sprachen (Hofsprachen) tho beiden Siden der Blodesverwanten tho des Kindes hant anbeiden: willen se sick des nicht underwinden, so mach men dat Guidt mith anderen Lüden besettenn, und de Kinder nha husgenottenn Recht darvann bestaden.“ Ueber das Lehnsrecht s. Schw. Lehnrecht, Kap. 27, 107.

20) Runde a. a. O. §. 10. Eichhorn d. Priv. Recht §. 366. Plate über das Maierrecht in Lüneburg. §. 10.

Interesse des Anerben dasselbe verwalte. Freilich erscheint hier der Interimswirth nicht als ein gewöhnlicher Verwalter, indem man ihm dasjenige läßt, was er nach Erfüllung seiner verschiedenen Pflichten von den Einkünften der Stelle zu erübrigen vermag; allein dieses Letztere stellt sich immer als das Untergeordnete dar; die Erhaltung der Stelle im Interesse aller Betheiligten und die allseitige Erfüllung der Pflichten derselben bleibt immer die Hauptsache; und wird für die Zukunft des Interimswirthes, der seine besten Jahre und Kräfte der Stelle gewidmet hat, durch die Bewilligung einer Leibzucht oder eines Altentheils gesorgt. Er soll also nicht, gleich dem Pächter, aus dem Ertrage des Hofes sich Ersparnisse für das Alter sammeln, sondern er soll demnächst in dem Hofe selbst den Unterhalt für seine alten Tage finden. Hieraus entwickelt sich nun für den Interimswirth das Prinzip, daß er in Betreff der Stelle so zu handeln hat, wie der Stellbesitzer selbst als sorgsamer Hauswirth handeln müßte. Diese Regel erleidet aber, nach den bei der Annahme eines Interimswirthes üblichen Verabredungen, eine erhebliche Modification. Wenn nämlich Jemand sich mit der Wittwe des verstorbenen Colonen verheirathet, oder sonst als Interimswirth angenommen wird, ein Loos, welches gewöhnlich denen, die von anderen Stellen ausgelobt worden sind, zufällt, so wird von den Vormündern des Anerben und von der Gutsherrschaft regelmäßig ausbedungen, daß der Interimswirth eine gewisse Summe für den Genuß der Wirthschaftsjahre und des Altentheils mitbringen und in die Stelle verwenden soll. Durch eine solche Verabredung wird nun den für das Vermögen übernommenen Verpflichtungen des Interimswirthes eine Grenze gesetzt, so daß er, natürlich mit Ausnahme eines etwa zu leistenden Schadensersatzes, keine weiteren Verbindlichkeiten gegen die Stelle hat, als welche sich mit seinen persönlichen Kräften, mit diesem Einbringen und aus dem Ertrage der Stelle bestreiten lassen. Nie braucht er nach der ganzen Meinung des Annehmungsvertrages aus seinem übrigen Vermögen etwas in die Stelle zu verwenden, wenn dieses auch die Bedürfnisse derselben erheischen sollten. Er ist vielmehr in einem solchen Falle zur Aufnahme eines Anleihens für dieselbe berechtigt, welches der Anerbe demnächst als verbindlich für sich anerkennen muß. Darf er aber dieses, so bringt es auch die Consequenz mit sich, daß, wenn er solche Auslagen aus seinem etwaigen eigenen anderweiten Vermögen bestritten hat, ihm solche vom Anerben bei der Uebernahme der Stelle vergütet werden müssen. Mag daher die Stelle noch so sehr von Unglücksfällen betroffen werden, so kann der Interimswirth nie in die Gefahr kommen, zur Reparation derselben mehr aufwenden zu müssen, als was er mit

seinem Eingebrachten und mit den Einkünften des Gutes zu bestreiten vermag; sein etwaiges anderweites Vermögen bleibt ihm auf jeden Fall gesichert.

§. 7.

Wenn aber der Schaden sich mit dem Eingebrachten und mit den, nach Erfüllung der übrigen Pflichten des Gutes, bleibenden Einkünften desselben bestreiten läßt, so muß, nach der oben entwickelten Natur des Institutes, der Interimswirth so verfahren, wie der Hauswirth, wenn ihn selbst die Unfälle betroffen hätten, vernünftiger Weise sich verhalten haben würde. Nun leidet es aber keinen Zweifel, daß, wenn einen sorgsamen Colonen ausser-gewöhnliche Unglücksfälle betreffen, derselbe in seinen übrigen Ausgaben sich möglichst einschränken und eifrigst bemüht sein wird, durch angestrengte Thätigkeit und Sparsamkeit das Verlorne wieder zu ersetzen, und die bei der Gelegenheit für den Augenblick etwa contrahirten Schulden, sobald es irgend thunlich ist, aus dem Ertrage der Stelle wieder abzuführen. Daher muß es denn auch als die Pflicht des Interimswirthes angesehen werden, auf gleiche Weise zu verfahren, und nach eingetretenem Unfalle, mittelst eigener Arbeit, mittelst gewissenhafter Benutzung der Kräfte der Stelle und mittelst aller, möglicher Weise dafür zu erübrigender, Verwendungen aus dem Ertrage derselben die verunglückten Gegenstände baldigst wieder herzustellen. Was er hiedurch zu bestreiten im Stande gewesen ist, dafür kann er denn auch demnächst bei der Uebergabe des Hofes an den Anerben von diesem keinen Ersatz begehren; denn durch solche Verwendungen hat er nur seinen Pflichten genügt, und nur dasjenige gethan, wozu er als Stellvertreter des Colonen gehalten war [21]).

§. 8.

Zweifelhafter erscheint es auf den ersten Blick, ob der Interimswirth auch verpflichtet sei, bei eintretenden Unfällen dasjenige wieder in die Stelle zu verwenden, was er in früheren guten Jahren aus derselben erübrigt hatte. Man könnte geneigt sein, dieses zum Separat-Vermögen des Interimswirthes zu rechnen, weil er die Stelle im eigenen Interesse bewirthschaftet, und weil er deßhalb befugt scheint, mit demjenigen, was er nach Erfüllung seiner Verbindlichkeiten übrig behält, nach Gefallen zu schalten; wenn er aber dieses darf, der Umstand, daß er den Ueberschuß

21) Runde a. a. O. S. 192, 196; 230—2; 234—43; 261—4. Plate a. a. O. S. 64, 5.

nicht verbraucht, sondern zurückgelegt hat, ihm auch nicht Verbindlichkeiten auflegen dürfte, die ihm ohnehin nicht obgelegen haben würden. Unmöglich könnte der sparsame Mann zu einer Leistung verpflichtet sein, die dem Verschwender nicht obliegen würde, und müßte es für den Gutsherrn und für den Anerben ganz gleichgültig geachtet werden, ob der Interimswirth die Ersparnisse aus dem Gute noch besaße oder ob er sie verbraucht hätte. Erwägt man aber die Verhältnisse genauer, so muß man den Interimswirth auch zur Verwendung seiner Ersparnisse aus den früheren Einkünften des Gutes in gleicher Maße verpflichtet achten, wie der Hauswirth selbst solche Ersparnisse hiezu verwendet haben würde. Dieses bringt zuvörderst das Prinzip mit sich, daß der Interimswirth so handeln muß, wie der Colon selbst gehandelt haben würde. Nun wird aber ein sorgsamer Hauswirth, den ungewöhnliche Zufälle betreffen, zwar nicht gerade eine Versteigerung seiner Effecten anstellen, noch sich alles dessen entäussern, was er zur Noth entbehren könnte, aber er wird doch vor allen Dingen zu den zurückgelegten baaren Geldern und zu den belegten Capitalien, kurz zu demjenigen, was man eigentlich als Ersparnisse zu bezeichnen pflegt, greifen; und, ehe er Schulden für die Stelle contrahirt, damit die Unglücksfälle zu repariren streben. Ist aber dieses die Handlungsweise eines sorgsamen Hauswirths, so muß auch der Interimswirth als Stellvertreter des Colonen auf gleiche Weise handeln. Es ist aber auch deßhalb kein Grund vorhanden, zwischen der früheren und der spateren Zeit zu unterscheiden, weil die Mahljahre des Interimswirthes als ein Ganzes zu betrachten sind, indem bei der Bestimmung des Einzubringenden und der sonstigen Verpflichtungen desselben stets darauf Rücksicht genommen wird, wie viele Wirthschaftsjahre er zu genießen haben soll. Ist nämlich dieses der Fall, so muß es auch als völlig gleichgültig angesehen werden, ob der Unfall sich zu Anfange oder zu Ende der Zeit ereignet hat, wenn er nur überhaupt während der Interimswirthschaft eingetreten ist; und es findet sich bei dem Interimswirthe eben so wenig ein Grund, zwischen den Ersparnissen aus früheren Jahren und dem Ueberschuß späterer Jahre einen Unterschied zu machen, als ein solcher bei dem Pächter stattfindet, wenn dieser Remission für Mißwachs begehrt, indem er auf solche weder einen Anspruch hat, wenn er schon vorher reiche Jahre genossen hat, noch den anfangs bewilligten Nachlaß behalten darf, wenn er in der Folge wieder durch reichen Ertrag entschädigt wird[22]). Der scheinbare Gegengrund, daß so-

---

22) l. 15. §. 4. D. locati (19, 2.). c. 3. X. de locat et conduct. (3, 18.). Glück Erläuter. d. Pandect. Th. 17. S. 467; 469, 70.

nach der verschwenderische Hauswirth besser daran sein würde, als der sparsame, ist auch keinesweges durchgreifend; denn, da ungewöhnliche Unglücksfälle immer möglich bleiben, so muß auch der sorgsame Landwirth im Voraus darauf Bedacht nehmen, und bei reichen Jahren für künftige unvorhergesehene Fälle etwas auf die Seite legen; und thut daher der Interimswirth, der vor Beendigung der Wirthschaftsjahre, wo er erst das Erübrigte als sein freies Eigenthum betrachten darf, die Ueberschüsse der Einkünfte aus der Stelle vergeudet, Unrecht hieran, so daß er, wegen solcher Verletzung seiner Pflicht, zu einer Vergütung aus seinem etwaigen übrigen Vermögen angehalten, oder, in Ermangelung eines solchen, durch Schmälerung seines Altentheils zur Leistung eines Schadensersatzes genöthigt werden könnte.

§. 9.

Dieses Prinzip erscheint endlich auch deßhalb als ganz angemessen, weil bei den Bauergütern der Regel nach kein anderweitiger Erwerb des Colonen, als durch Bewirthschaftung der Stelle, angenommen werden kann. Der durch Unglücksfalle verursachte ungewöhnliche Schaden kann daher auch nur aus dem Ertrage der Stelle selbst wieder gut gemacht werden. Die Verbindlichkeit hiezu erscheint demnach als eine auf den Einkünften der Stelle ruhende Last, die freilich, weil sie eine ungewöhnliche ist, nicht aus dem Ertrage des Jahres, wo sich der Unfall ereignet hat, bestritten werden kann, die mithin nicht ausschließlich die Person dessen trifft, welchem gerade in dem Jahre die Colonatrechte zugestanden haben, sondern die vielmehr auf eine längere Zeit reparirt werden muß. Wollte man es nun in einem solchen Falle allein der Zukunft überlassen, die Ueberlast dessen zu tragen, was die Gegenwart allein zu tragen nicht vermag, so würde dadurch schlecht für das Interesse der Stelle gesorgt, und dem antretenden Hauswirthe auf lange Zeit die Kraft genommen sein, für die Verbesserung der Stelle thätig zu wirken. Viel angemessener ist es, daß der Interimswirth, der ja nur als Stellvertreter des Anerben die Hufe bisher besessen und bewirthschaftet hat, diesem dabei mit seinen Ersparnissen aus früheren reichen Jahren zu Hülfe komme, eben so, wie der Hauswirth selbst, wenn er solche Ersparnisse besäße, damit für die Zukunft sich die Last vermindert haben würde. Und ist es um so unbedenklicher, dieses Prinzip anzuwenden, da dem Interimswirthe seine Zukunft jedenfalls durch den Altentheil gesichert ist. — Nach diesen Grundsätzen wird denn auch, wie erfahrne Geschäftsmänner versichern, in der Praxis gehandelt, obwohl es über den Punkt selten zu förmlichen Prozessen kommt. Es ist nämlich klar, daß bei

der Anwendung dieses Grundsatzes eine strenge Rechnungsablage über die Guts-Einkünfte, eine genaue Ausmittelung dessen, was der Interimswirth hätte erübrigen können, und eine scharfe und völlige Sonderung desjenigen Vermögens, was er in seiner Eigenschaft als interimistischer Colon, und was er sonst besitzt, nicht thunlich ist, sondern daß hier das richterliche Ermessen, nach Erwägung aller Umstände und Verhältnisse, einen billigen Ausspruch thun muß. Kommt daher ein solcher Fall vor, so zieht mehrentheils der Localbeamte die concreten Verhältnisse in Erwägung, und vermittelt eine gütliche Uebereinkunft zwischen den Parteien, oder giebt, in Entstehung derselben, eine Art von schiedsrichterlichem Spruch ab, bei dem die Interessenten sich beruhigen, weil es ihnen an bestimmten Gründen zur Rechtfertigung einer Beschwerde dawider mangelt.

§. 10.

Bei dem Oberappellationsgerichte kamen jedoch diese Verhältnisse in folgender Rechtssache zur Sprache. In dem lübischen Dorfe Russe war im Jahre 1805 der Vollhufner J. H. Brügmann gestorben, und hatte eine Wittwe mit vier unmündigen Kindern hinterlassen. Die Wittwe war im folgenden Jahre mit J. J. P. Brügmann zur zweiten Ehe geschritten, und dieser damals, unter Genehmigung der Gutsherrschaft, auf 20 Jahre, bis zur Großjahrigkeit des Anerben, zum Interimswirth der Hufe bestellt, und von demselben für den Altentheil eine Summe von 1000 Mark in die Stelle inferirt. Der Interimswirth hatte im Hausbriefe die gewöhnlichen Verpflichtungen übernommen, und die Restitution der Stelle in demselben Zustande, wie er solche erhalten, aber dabei nicht ausdrücklich die Prästation des Casus versprochen. Im Jahre 1821 wurde die Dorfschaft Russe von einem großen Brande heimgesucht, und verlor die Brügmannsche Stelle dadurch sowohl das Hauptgebäude, als auch den Altentheilskathen, so wie das gesammte Inventarium. Der Interimswirth baute das Haupthaus, zum größeren Theile aus den Beiträgen der Brandgilden, zu einem Drittel aber auf eigene Kosten, wieder auf, schaffte das Inventarium wieder an, stellte aber den Altentheilskathen nicht her. Als nun im Jahre 1826 die Ablieferung der Stelle an den, jetzt großjährig gewordenen, Anerben erfolgte, so war man zwar darüber einig, daß für das wiederangeschaffte Inventar dem Interimswirthe kein Ersatz gebühre, in Betreff des Haupthauses und des Altentheilskathens entstanden aber zwischen dem Interimswirthe und dem Anerben zwei Prozesse, indem Letzterer von dem Ersteren den Wiederaufbau des, während der Mahljahre abge-

brannten, Altentheilskathens begehrte, Ersterer aber nicht allein dieses verweigerte, sondern seinerseits von dem Anerben den Ersatz der Summe verlangte, welche er mehr, als die Beiträge der Brandgilden betrugen, auf den Wiederaufbau des Haupthauses verwandt hatte. — Das Oberappellationsgericht wies nun sowohl, mittelst Erkenntnisses vom 12. März 1828, die Forderung des Anerben, als auch auf gleiche Weise, mittelst Erkenntnisses vom 11. März 1829, die Forderung des Interimswirthes ab; und zwar die erstere deßhalb, weil der Interimswirth nicht unbedingt für den Casus hafte, und es hier, allen vorhandenen Umständen nach, klar sei, daß der Interimswirth nicht im Stande gewesen sei, während seiner Wohnjahre mehr auf der Stelle zu erübrigen, als was er bereits auf den Neubau des Haupthauses und auf die Wiederanschaffung des Inventars verwandt habe. Die Klage des Interimswirthes aber wurde deßhalb zurückgewiesen, weil er schuldig gewesen sei, seine Ersparnisse aus der Stelle von den früheren Jahren her zur Herstellung der verunglückten Gegenstände zu verwenden, und er nicht zu behaupten vermocht habe, daß solcher Aufwand von ihm aus anderweitigem Vermögen bestritten worden sei.

XII.

Ueber die von einem Verschollenen hinterlassene Erbschaft *).

§. 1.

Es ist eine von Alters her viel verhandelte Streitfrage, wer zur Succession in das von einem Verschollenen zurückgelassene Vermögen berechtigt sei, und sind darüber im Allgemeinen, jedoch mit mancherlei Modificationen im Einzelnen, drei Theorien aufgestellt worden [1]). Einige nehmen die Zeit, wo die Nachrichten von dem

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp II. B. S. 115 — 141.

1) S. hierüber Koch successio ab intestato auctar. II. pag. 224 — 44. ed. 8. Glück Erläuter. der Pandekten. B. 7. §. 562.

Abwesenden aufgehört haben, insofern derselbe demnächst bis zu seinem siebenzigsten Lebensjahre, oder dem anderweitigen von den Gesetzen atwa bestimmten Termine, nicht zurück gekehrt, oder sein Aufenthalt nicht bekannt geworden ist, als die seines Todes an, und berufen daher, in Ermangelung vorhandener Testaments- oder Vertrags-Erben desselben, dessen zu der ersigedachten Zeit vorhandene nächste Blutsverwandte[2]). Diese bloß auf die unrichtige Auslegung einiger römischer Gesetze gegründete, im Allgemeinen[3])

S. 493 — 98. Haase von Edictallad. Kap. 10. §. 11. S. 132 — 136. v. Bülow Abhandl. d. bürgerl. Rechts. B. 1. Nr. XII, bes. S. 284, 5. Schweppe röm. Privatrecht. B. 1. §. 61. Nr. 2. Aufl. 4. Bei den erstgenannten drei Schriftstellern findet sich auch die Literatur zu jeder der drei Theorien.

2) Man berief sich zum Beleg für diese Ansicht auf Ulpiani fragm. t. 23. §. 5; auf l. 39. D. de testam. milit. (29, 1.); und auf l. 10. pr.; l. 18. D. de captivis et postliminio (49, 15), in welcher letztern Stelle es heißt: in omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est; und wendete dasjenige, was hier von Kriegsgefangenen gesagt ist, auf alle Abwesende, deren Verschwinden man mit dem Gerathen in Kriegsgefangenschaft verglich, analog an. Es ist aber bereits von Anderen, namentlich von Koch, das Unzutreffende dieses Schlusses genügend dargethan worden, indem jene römische Vorschrift lediglich darauf beruhet, daß die Kriegsgefangenschaft eine capitis deminutio maxima bewirkte, deren Wirkungen nur durch ein postliminium wieder aufgehoben werden konnten. Wenn man nun aber jetzt diese Folgen nicht einmal mehr bei dem anerkennt, welcher in eine afrikanische oder asiatische Sclaverei geräth, so können um so weniger auf bloß verschollene Personen die Grundsätze bürgerlich Todter angewandt werden.

3) In besonderen Fällen, wo die letzten Nachrichten eine Lebensgefahr melden, in welcher sich gerade damals der Abwesende befunden hat, dürfte diese Annahme, als die wahrscheinlichere, allerdings zu billigen sein; auch findet sie sich in dieser Maaße wohl in neueren Gesetzgebungen, jedoch gewöhnlich mit dem, nicht für alle Fälle der Art ganz angemessenen Zusatze, daß der Todestag erst auf einen späteren Termin, wo seit jener Begebenheit eine Zeit lang ohne Nachrichten von dem Abwesenden verflossen ist, und wohl gar erst auf den Tag der Rechtskraft der hienächst erfolgten gerichtlichen Todeserklärung desselben (vgl. Not. 31 und 32) festgesetzt ist. Preuß. Landr. Th. 1. Tit. 1. §. 35, 36. coll. Th. 2. Tit. 18. §. 835. Oesterreich. Landr. §. 24. nr. 3. coll. §. 277, 8. Hamburg. Verordn. in Betreff d. Todeserklärung verschollener Personen, v. 15. Oct. 1819. Art. 1. a. E. coll. Art. 6. Nr. 2. — Allgemein findet sich die im Text erwähnte Lehre sanctionirt im Landr. f. Hohenlohe v. J. 1738. Th. 5. Tit. 1. §. 24—26; und im Code civil, art. 120, dem zufolge die Succession in das Vermögen des Verschollenen sich nach diesem Zeitpunkte regulirt, obwohl das französische Recht eine eigentliche Präsumption, daß der Verschollene damals verstorben sei, nicht kennt. Zachariä Handbuch des französ. Civilrechts B. 1. §. 152. coll. §. 148 und §. 151. Not. 3. S. 295 — 97. coll. S. 286, 293. der 3. Aufl.

durchaus unnatürliche Meinung kann aber jetzt wohl als aufgegeben angesehen werden. Andere gestatten den nächsten Angehörigen oder Erben eines Verschollenen, wenn und sobald sie das Fortleben desselben als zweifelhaft darzustellen vermögen, auf ihre Bestellung zu interimistischen Verwaltern seines nachgelassenen Vermögens gegen Caution anzutragen, welche Verwaltung übrigens die Einen mehr als eine Curatel, die Anderen mehr als eine provisorische anticipirte Succession behandelt wissen wollen; und billigen sie demnächst, wenn der Zeitpunkt, wo nach dem Gesetze oder nach dem Gerichtsgebrauche der Verschollene als verstorben angenommen wird, herbei gekommen ist, nicht den alsdann, sondern den zur Zeit der Curatelbestellung vorhandenen nächsten Erben desselben, und selbst deren Erben, den Nachlaß zu. Auch diese Theorie, die sich freilich von der Seite empfiehlt, daß man mittelst derselben häufig der Wahrheit möglichst nahe kommen wird, die aber an dem wesentlichen Fehler leidet, daß dabei eine Erbschaftsantretung als gültig zugelaßen wird, ehe über den Tod des Erblassers eine rechtliche Gewißheit vorhanden ist, zählt jetzt wohl wenige Anhänger mehr[4]).

§. 2.

Die dritte Meinung endlich, die jetzt die vorherrschende ist, geht dahin, daß nur diejenigen zur Beerbung des Verschollenen zuzulassen seien, welche zu der Zeit die nächsten sind, wo man es nach dem Partikularrechte, oder, in Ermangelung partikularrechtlicher Vorschriften, nach dem, was darüber die Praxis angenommen hat, präsumirt, daß der Verschollene nicht mehr lebe[5]). Für diese

---

4) In älterer Zeit war diese Ansicht die vorherrschende, und wurde dieselbe namentlich auch von den sächsischen Juristen befolgt. Faber in Cod. l. 5. t. 40. def. 1 et 9. Carpzov iurispr. for. T. 3. const. 15. def. 48 — 57. Schilter exercit. ad ff. ex. 15. §. 71 — 78. Consilia Tubingens. cura Lauterbach. Vol. 3. cons. 206. nr. 24, 25. Pufendorf observ. Tom. 4. obs. 84. Claproth summar. Proz. §. 220. In Betreff der Verwaltung des Vermögens des Verschollenen befolgt das französische Recht ähnliche Grundsätze, nur bestimmt sich, wie bereits in der vorigen Note bemerkt ist, nach dem Zeitpunkte, wo die Verwandten zu dieser Verwaltung zugelassen werden, nicht der Vorzug des einen Concurrenten vor dem Anderen. Code civil art. 115 — 134. Zachariä a. a. O. §. 152 — 57. S. 295 — 309.

5) Die receptior sententia, welche namentlich die Auctorität von Bartolus, Baldus und Felinus für sich hatte, und welche auf l. 56. D. de usufr. (7, 1), und l. 8. D. de usu et usufr. (33, 2) gegründet wurde, war in früherer Zeit die, daß der Verschollene nicht vor zurückgelegtem 100sten Lebensjahre als todt zu präsumiren sei. Alciatus regul. 1. de praesumpt. nr. 44. in fin. (in oper. Francof.

Meinung ist es sofort entscheidend, wenn, wie das in manchen neueren Gesetzen geschehen ist, dieser Zeitpunkt gesetzlich als der zu diesem Behufe anzunehmende Todestag des Verschollenen festgesetzt worden ist[6]); denn hierin ist zugleich, wenigstens so viel die Beerbung des Verschollenen anbetrifft, die Vermuthung, daß derselbe bis dahin gelebt habe, sanctionirt, und da es nun keine Beerbung eines noch Lebenden giebt, so folgt daraus, daß alle diejenigen, welche nur unter der Voraussetzung eines früher erfolgten Todes des Erblassers ein Anrecht auf dessen Nachlaß geltend machen könnten, ohne die Beibringung eines positiven Beweises hiefür, den nach der jetzigen Lage der Sache nächstberechtigten Successoren nachstehen müssen. Ist aber eine solche Vorschrift des Partikularrechts nicht vorhanden, so suchen freilich Viele jene Theorie auf dieselbe Weise zu begründen, indem sie eine positive Vermuthung für die Fortdauer des Lebens des Verschollenen bis zu jenem Zeitpunkte, wo sein Tod präsumirt wird, statuiren; allein diese Begründung erscheint als unzureichend, weil, wie in der folgenden Abhandlung noch vollständiger entwickelt werden wird, eine solche Vermuthung für das Fortleben in jener Zeit, rechtlich

---

1617. Tom. 3. pag. 623.) Faber in Cod. V, 40. def. 4. Schilter l. c. ex. 15. §. 76, 78. Cf. Carpzov. l. c. III, 15. def. 57. S. auch den Code civil, art. 129. Jetzt befolgt man mehrentheils die auf Psalm 90, V. 10, gestützte, in älterer Zeit schon von Durantis, Menoch und Carpzov l. c. angenommene Meinung, daß der Verschollene sein Leben nicht über das vollendete 70ste Jahr gebracht habe (Thibaut System des Pandektenrechts B. 1. §. 532. nr. 4. v. Bülow Abhandl. B. 1. nr. 12. §. 2. S. 283, 4., Schweppe röm. Privatr. B. 1. §. 61. nr. 2. S. 148, 9.); womit jedoch die in den einzelnen Ländern erlassenen Verordnungen häufig alternativ Bestimmungen nach der Zeit der Abwesenheit, oder nach einer bestimmten Lebensgefahr verbinden. Vergl. z. B. für das Königreich Sachsen d. Mandat. üb. d. curae absentium vom 13. Nov. 1779 in der II. Cont. Cod. Aug. Abth. 1. S. 371 — 374. (Haase l. not. 1. cit. Abth. 2. Kap. 10. §. 1, 2. S. 101 — 111. Haubold Handb. d. sächs. Privatr. §. 53, 54); für Preußen das allg. Landr. I, 1. §. 34 — 38; II, 18. §. 823 — 32; 852 — 55; für Oestreich, wo übrigens erst ein Alter von 80 Jahren genügt, d. allg. bürgerl. Gesetzb. §. 24; für Hamburg. d. Not. 3. cit. Ver. Art. 1, 6, 17; für Lübeck e Ver. v. 31. Dec. 1829. §. 1 — 5.

6) So ordnen es namentlich d. österr. Landr. §. 278, d. angef. Hamb. Ver. Art. 6, u. die lüb. §. 11; auch geht dahin offenbar die Meinung des preuß. Landr. I, 1. §. 34 — 38; II, 18. §. 834 — 836; 841, 2, 4. Vgl. auch die folg. Abhandl. §. 3. a. E. Die mehrsten Gesetze drücken sich aber in Uebereinstimmung mit der Bibelstelle: „Unser Leben währt 70 Jahre", nur dahin aus, daß der Verschollene nach Verlauf von 70 Jahren seit seiner Geburt, oder nachdem er so oder so viele Jahre vermißt worden ist, für gestorben zu achten sei.

überall nicht begründet ist, vielmehr während derselben nur ein Zustand der Ungewißheit darüber stattfindet, ob der Verschollene noch fortwährend fortlebe, oder ob er bereits verstorben sei. Dagegen aber liegt gerade in dieser Ungewißheit, die erst durch den Eintritt der Präsumption des Todes gehoben wird, der entscheidende Grund für die s. g. **successio ex nunc.** Es befindet sich aber dabei die Sache in einer ganz anderen Lage hinsichtlich der Fälle, wo der Nachlaß des Verschollenen seinen Erben erst mittelst einer Antretung von ihrer Seite, und wo er ihnen **ipso iure** entweder sofort eigenthümlich, oder doch nach dem Partikularrechte insoweit erworben wird, daß sie ihr Successionsrecht auf ihre Erben transmittiren, und sind daher diese beiden Fälle abgesondert in Erwägung zu ziehen.

§. 3.

Betrachten wir zuvörderst den, nach dem gemeinen Rechte gewöhnlichen Fall, wo es zum Erwerbe einer Erbschaft der Antretung derselben bedarf, und wo vorher auch nur ausnahmsweise eine Transmission eintritt, so ergiebt sich der Vorzug der s. g. Erben **ex nunc** bereits daraus, daß zufolge einer allgemeinen, für alle Arten von Successionen gültigen Regel, Niemand mit Rechtsbestand eine Erbschaft antreten kann, wenn über den Tod des Erblassers noch keine Gewißheit vorhanden ist[7]), und daß es bei einem

---

7) **Qui hereditatem adire vel bonorum possessionem petere volet, certus esse debet, defunctum esse testatorem. l. 19. D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2.) coll. l. 13. §. 1; l. 18; l. 21. §. 2; l 23; l. 32. pr.; l. 94. D. eod. l. 12. D. de Carbonian. edicto (37, 10). §. 7. l. de hered. qualit. (2, 19.) verbis: dummodo sciat eum, cuius in bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, et se ei heredem esse. l. 4. C. de postlimin. (8, 51.): „Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat, ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, eo demum tempore successionis iure acquiri possunt, cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur....** Auf dieses Moment ist in unserer Lehre auch bereits ein entscheidendes Gewicht gelegt von Koch l. not. 1. cit. pag. 227, 8; 233 — 38; obwohl derselbe darin offenbar zu weit geht, daß er behauptet, **eius, cuius vita dubia et incerta sit, non dari hereditatem;** gleich wie **viventis non dari hereditatem;** da doch in dem ersteren Falle, insofern der Erblasser wirklich nicht mehr lebt, die Delation sofort eintritt (s. die folg. Note), nur die **aditio hereditatis** unstatthaft ist, und der Nachlaß einem **suus heres** sogar ohne Weiteres erworben wird. Vgl. §. 4. Koch mußte aber wohl seine Behauptung so stellen, um seine Theorie von den Wirkungen der Delation mit den obigen Gesetzen in Einklang zu bringen.

Verschollenen an dieser Gewißheit fehlt, so lange der Zeitpunkt, wo sein Tod vermuthet wird, noch nicht eingetreten ist. Freilich entsteht mit dem Eintritte dieses Zeitpunkts nur die rechtliche Gewißheit, daß der Erblasser todt sei, nicht aber die, daß er gerade erst in dem Momente verstorben sei; und so scheint es auf den ersten Blick, als hätten Erbschaftsprätendenten, die ihre Ansprüche auf die Verhältnisse einer früheren Zeit, wo der Erblasser möglicher Weise bereits todt gewesen sein kann, gründen, nunmehr eben so viel für sich, als diejenigen, welche sich dabei auf die Umstände, wie sie zur Zeit der eintretenden Präsumption vorhanden sind, stützen. Denn es ist, da die Delation der Erbschaft, insofern dann kein objectives Hinderniß des Erwerbes besteht, mit dem Tode des Erblassers erfolgt [8]), hier völlig ungewiß, wem der Nachlaß deferirt

---

8) Die l. 151. D. de V. S. (50, 16.) sagt freilich allgemein: „Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi“ so daß man hienach mit mehreren Juristen, z. B. mit Alciatus ad tit. D. de V. S. ad l. 151. (in Oper. Tom. 2. p. 1023. in fin., 1024) und Grimaldi de success. legit. P. 1. cap. 2. §. 6. nr. 46, 47. p. 112., auch bei subjectiven Hindernissen des Erwerbes annehmen möchte, die Delation werde dadurch hinausgeschoben; allein aus den einzelnen von dieser Regel gemachten Anwendungen ergiebt sich, daß hiebei nur an objective Hindernisse, z. B. an das Vorhandensein näherer Berechtigter, gedacht, und nur deren Beseitigung für nöthig erachtet ist, damit die Delation stattfinden könne. S. z. B. l. 6. pr. D. de iniust. (28, 3.) l. 39, l. 69, l. 70. pr. D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2.); u. vgl. Schweppe röm. Privatrecht. §. 835. nr. 1. v. Grolman u. v Löhr neues Magazin. B. 1. S. 228, 9. Hindernisse in der Person des Erben, z. B. seine Abwesenheit und seine Unbekanntschaft mit dem Tode des Erblassers schieben den Zeitpunkt der Delation nicht hinaus. l. 86. pr. D. eod. Faber coniectur. lib. 14. c. 1. nr. 5, 11. Cf. et l. 19. C. de iure deliber. (6, 30.) verbis: sciens hereditatem vel ab intestato, vel ex testamento sibi esse delatam. . . . l. 22. §. 2. eod. verbis: delatam sibi ab intestato hereditatem cognoverit. . . Selbst dem nasciturus u. infans wird ja die bon. possessio, wie die hereditas deferirt. l. 18. pr. C. eod. l. 2. §. 4. D. quis ordo in possess. (38, 15.). Freilich scheint dem l. 1, §. 5. D. de success. edicto (38, 9.) entgegen zu stehen, wo es heißt: „Furiosi curator nequaquam poterit repudiare (sc. bon. possessionem), quia necdum delata est“, und wobei Mehrere, z. B. Alciat und Grimaldi, den von Ulpian angeführten Grund gerade auf das subjective im Wahnsinn des Erben liegende Hinderniß der Erbschaftsantretung beziehen wollen. Allein richtiger bezieht man wohl die Stelle auf die auch dem furiosus angebotene interimistische bon. poss., quae ex decreto dabatur (l. 7. §. 3. in fin. C. de curat. furiosi, 5, 70.), wobei, weil das Recht dazu erst in dem einzelnen Falle durch das decretum geschaffen wurde, mittelst dieses Dekretes, nach l. 1. §. 7. D. de success. edicto, 38, 9., zugleich die Delation und Acquisition erfolgte. v. Grolman und v. Löhr a. a. O. B. 2. S. 437—40. Schweppe a. a. O. §. 842.

wurde; nach den zur Zeit des Todes des Erblassers bestehenden rechtlichen und factischen Verhältnissen wollen aber jetzt viele Schriftsteller die Erbschaftsangelegenheit im Ganzen[9]) regulirt wissen[10]). Allein diese, von den neueren Juristen auch keineswegs mit Consequenz durchgeführte, Lehre erscheint nach den Gesetzen als sehr bedenklich, ja in dieser Ausdehnung geradezu mit denselben unvereinbar. Freilich verlangt das römische Recht von dem Testamentserben sowohl, als von dem Intestaterben, daß er zur Zeit, wo der Erblasser verstirbt, oder doch wenigstens zur Zeit der Dalation, insoferne diese in eine spätere Zeit fällt, die Fähigkeit besitze, der Erbe desselben zu werden, aber es verlangt eben so sehr, daß diese Fähigkeit auch noch zur Zeit des Erwerbes fortdauere[11]). und es stellt sowohl in dieser Beziehung, als auch insonderheit in den übrigen Rücksichten, den Grundsatz auf, daß das Recht des Erben sich vorzugsweise nach der Zeit richte, wo er die Erbschaft erwerbe[12]). Dieser Grundsatz steht aber immer denjenigen entgegen, welche ihr Recht, den Nachlaß des Verschollenen zu erwerben, auf frühere Verhältnisse, die jetzt nicht mehr fortbestehen, oder ihnen doch kein Vorzugsrecht mehr ertheilen, gründen.

---

9) Denn Ausnahmen werden wenigstens insofern anerkannt, als sich nach dem Tode des Erblassers eine gänzliche Veränderung mit der Delation zuträgt, z. B. wenn die **successio testamentaria** wegfällt, und eine Intestaterbfolge eintritt, oder wenn an die Stelle der zunächst berufenen Classe von Intestaterben die folgende tritt. **Cf. Glück opusc. iurid. fasc. 4. pag. 215 — 16.** Desselben Lehre v. d. Intestaterbfolge. 2. Ausg. S. 71 — 73.

10) So wird namentlich gewöhnlich die Behauptung aufgestellt, daß die Succession sich nach den beim Tode des Erblassers bestehenden Gesetzen richte, und eine später, selbst vor dem Erwerb der Erbschaft, eintretende Veränderung der Gesetzgebung nicht mehr in Betracht komme, wobei besonders auf **l. 12. C. de suis et legit. (6, 55.)**, und auf **l. un. in fin. C. de latina libert. toll. (7, 6.)** gebauet wird. Bergmann v. d. rückwirkend. Kraft neuer Gesetze, S. 93 — 102; vgl. mit S. 108, 111 — 13. Auf ähnliche Weise wollen bei der Frage, ob eine **successio in stirpes** oder **in capita** eintritt, oder zu welchen Antheilen die Erben, abgesehen vom **ius accrescendi** succediren, die Mehrsten auf die Zeit der ersten Delation gesehen wissen. **Koch successio ab intestato §. 45. nr. III. p. 103, 4; p. 107 — 110. ed. 8. Glück opuscula iuridica fasc. 4. p. 157 — 218.** Baumeister das Anwachsungsrecht unter Miterben, S. 36 — 38; 56 — 58.

11) **l. 49. §. 1. D. de hered. instit. (28, 5.) l. 1. §. 4, 8. D. ad SCtum Tertull. (38, 17.)**

12) . . „**ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum esse, quo adquirit hereditatem**“ sagt die in der vorigen Note cit. **l. 49. §. 1.** . . . . . „Das angestorbene, angefallene, angebotene Erbrecht giebt an sich keine Rechte“, sagt treffend Hugo Lehrb. d. heut. röm. Rechts, S. 154. d. 7. Ausg.

§. 4.

Es sind hier nämlich folgende Fälle möglich:

1) Die früher bevorzugten Prätendenten sind seitdem verstorben, und haben Erben hinterlassen, die aber für ihre Person nicht den nächsten Anspruch auf den Nachlaß haben. In diesem Falle liegt es klar vor, daß sie einen solchen auch nicht aus der Person ihres Erblassers erheben können, weil eine nicht angetretene Erbschaft, selbst nach dem neuesten römischen Rechte, in der Regel nicht transmittirt wird [13]), und weil, wenn der berufene nächste Erbe vor dem, in unserm Falle bis zum Eintritt der gesetzlichen Präsumption unmöglichen, Erwerbe der Erbschaft verstirbt, nunmehr diejenigen an die Reihe kommen, welche nach den jetzigen Verhältnissen die Nächsten sind [14]). Zwar erleidet dieses in den Transmissionsfällen eine Ausnahme, allein theils begründet das in der Ungewißheit über den Tod des Erblassers liegende Hinderniß der Erbschaftsantretung kein Transmissionsrecht [15]), theils kann Niemand mit dem Anspruche

---

13) l. un. §. 5. C. de caducis toll. (6, 51.) coll. §. 2. I. quib. mod. testam. (2, 19.) l. 7, l. 18. §. 3. C. de iure deliber. (6, 30.)

14) §. 6. I. de legit. agnator. success. (3, 2.) l. 6. pr. D. de iniusto, rupto (28, 3.) l. 4. D. unde legitimi (38, 7.) l. 1. §. 6, 7. D. unde cognati (38, 8.) l. 2. §. 6, 7; l. 8. §. 1. D. de suis et legit. (38, 16) l. 7. §. 8. C. de curatore furiosi (5, 70.) Freilich reden diese Stellen nur von dem Falle, wo die bisherige ganze Delation wegfällt, und es ist gewiß viel bedenklicher, in den im Text erörterten Fällen das Gleiche auch dann anzunehmen, wenn nur Einzelne der zuerst Berufenen weggefallen sind, und statt derselben Andere mit den übrig Gebliebenen concurriren wollen; in welchem Falle namentlich Baumeister (a. a. O. bes. §. 3, 5.) in seiner ungemein gründlichen und scharfsinnigen Abhandlung nur das ius accrescendi eintreten lassen, die successio graduum aber gänzlich ausgeschlossen wissen will. Allein mir scheinen seine Argumente doch nicht erschöpfend, weil sie theils zu sehr auf geänderte Grundsätze des älteren Rechtes bauen, theils aus Stellen entlehnt sind, in deren Fällen die gradu succedentes gar nicht mit den übrig Gebliebenen concurriren konnten.

15) Thibaut Versuche. B. 2. Nr. 7. S. 165 d. 2. Ausg. So weit geht selbst das prätorische Recht, wonach den Erben des bonorum possessor, der noch nicht agnoscirt hatte, statt der Transmission bisweilen mit einer bon. poss. decretalis zu Hülfe gekommen wurde (l. 5. coll. l. 4. §. 3. D. de bon. poss. contra tab., 37, 4; l. 12. D. de Carbon. edicto, 37, 10.), nicht, indem das vielmehr nur in solchen Fällen vorkommt, wo von Anfang an über den Tod des Erblassers kein Zweifel obwaltete, und die agnitio der bon. poss. durch den nächsten Erben selbst, nur aus anderen Gründen erfolgt ist. Cf. et l. 4. C. 8, 51. Daß hier auch keine s. g. transmissio ex capite rest. in integrum statthaft ist, wird noch am Schlusse der folg. Abhandl. gezeigt werden.

auf eine Transmission zugelassen werden, wenn sein Erblasser den Testirer nicht überlebt hat [16]), dieses zu erweisen aber ist bei eigentlichen Verschollenen nicht möglich.

Wären hingegen

2) diejenigen, welche bei einer früheren Eröffnung der Succession den Vorzug genossen haben würden, noch am Leben, so kann der Grund, weshalb ihnen nach den jetzigen Verhältnissen Andere vorzugehen verlangen, a) darin liegen, daß sie unterdessen incapaces geworden sind, — dann müssen sie ohne Zweifel, zufolge der im vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätze, bei der Succession übergangen werden. Dasselbe muß b) auch dann eintreten, wenn sie unterdessen die Qualität, worauf sich früher ihre Successionsansprüche gegründet hätten, verloren haben; denn auch hiebei befolgt das römische Recht die Regel, daß solche Qualität bis zum Erwerbe der Erbschaft fortdauern muß, widrigenfalls das Erbrecht verloren geht [17]). Consequenter Weise muß das Gleiche auch c) in dem Falle angenommen werden, wenn später Personen, die früher neben anderen damals noch lebenden Personen, und bloß aus Rücksicht auf diese, mit berufen sein würden, jetzt nach dem Tode dieser anderen Personen der Nachlaß nicht mehr angeboten wird. Setzen wir z. B., daß früher neben einem noch lebenden Ascendenten des Verschollenen ein vollbürtiger, jetzt verstorbener Bruder desselben am Leben war, wegen welches, zufolge der Nov. 127. pr. und cap. 1., vollbürtige Neffen desselben von einem vorverstorbenen Bruder mit dem Ascendenten hätten concurriren können; die nach den jetzigen Verhältnissen, wo sie allein neben demselben stehen, wenigstens zufolge

---

16) Thibaut Pandekten B. 2. §. 675. Not. p. Schweppe röm. Privatrecht. §. 877. Oesterr. Landr. §. 536. Daß diese Regel, die bei den übrigen Transmissionsfällen an sich klar ist, selbst bei der transmissio Theodosiana, wo man sie wohl bezweifelt hat, (Hugo Lehrb. d. heut. röm. Rechts. 7. Aufl. S. 163.) zutrifft, ergiebt sich entscheidend daraus, daß in dem Falle derselben früher ein eigentliches caducum eintrat, nur das aber ein eigentliches caducum hieß, was nach dem Tode des Testirers hinfällig wurde. l. un. §. 5. coll. §. 2. in fin. C. de caducis tollend. (6, 51.) Cf. Diehl D. de transmiss. Theodos. Heidelbergae 1814. §. 23; und über den Begriff von caducum Schweppe röm. Rechtsgeschichte §. 518.

17) So läßt das röm. Recht das auf einer Adoptivverwandschaft beruhende Erbrecht hinfällig werden, wenn der adoptivus vor der aditio hereditatis, oder vor der agnitio bonorum possessionis, wenn gleich nachdem ihm der Nachlaß schon deferirt war, emancipirt wird. l. 11. D. de suis et legit. (38, 16.) l. 1. D. unde legitimi (38, 7.) l. 3. D. unde cognati (38, 8.) Schweppe röm. Privatr. §. 835.

der gewöhnlichen Meinung, auf eine Theilnahme am Nachlaß keinen Anspruch machen dürfen. Nähme man nämlich auch zu ihren Gunsten an, daß der Verschollene schon zu einer Zeit verstorben sei, wo ihr Oheim, der vollbürtige Bruder des Erblassers, noch lebte, und daß ihnen wegen dieses der Nachlaß mit deferirt sei, so würde ihnen das, da derselbe doch früher verstarb, als eine Antretung der Erbschaft rechtlich möglich war, nichts nützen; weil die Delation ihnen noch kein festes Recht ertheilte, und deshalb nach den oben entwickelten Grundsätzen angenommen werden müßte, daß das Wegfallen desjenigen, wegen welches alles allein sie mit berufen waren, vor vollendetem Erwerbe, ihre Berufung auch wieder hinfällig gemacht habe[18]). Bedenklicher erscheint es, die gleichen Grundsätze auch d) in einem solchen Falle für entscheidend zu erklären, wo, was möglicher Weise durch einen in den Partikularrechten den Seitenverwandten vor den Ascendenten eingeräumten Vorzug herbeigeführt werden könnte, der Nächstberechtigte ex nunc erst später, z. B. durch Adoption oder Legitimation, eine Successionsfähigkeit erlangt hätte, der früher gar nicht hätte succediren können. Denn, nehmen wir hier die Delation als bereits früher, vor der Adoption oder Legitimation, erfolgt an, so müßte jener Prätendent zwar nicht deshalb, weil Andere aus der Delation an sie bereits ein unwiderrufliches Recht erworben hätten, was meiner Ansicht nach nicht der Fall ist, wohl aber deshalb ausgeschlossen bleiben, weil das gemeine Recht Niemanden als einen Blutsverwandten des Erblassers ansieht, und zur Erbschaft admittirt, der zur Zeit, wo derselbe verstarb, noch nicht concipirt war[19]); und weil nach der Analogie dieser Vorschrift auch wohl diejenigen als successionsunfähig angesehen werden müssen, welche erst nach dem Tode des Erblassers von einem Blutsfreunde desselben legitimirt oder adoptirt sind. Gleichwohl können in unserm Falle diejenigen, welche zur Zeit, wie die Vermuthung

---

18) So verordnet es auch das römische Recht in einem ähnlichen Falle. l. 2. §. 18, 19. D. ad SCtum Tertullian. (38, 16.); der freilich viel Eigenthümliches hat, und aus dem allein allgemeine Regeln zu abstrahiren daher bedenklich scheint. Vergl. Baumeister a. d. Not. 10. a. O. S. 23 — 33.

19) §. 8. I. de hered. q. ab int. (3, 1.) l. 6. pr. in fin. D. de iniusto, rupto (28, 3.) l. 1. §. 8. D. unde cognati (38, 8.) l. 6. — l. 8. pr. D. de suis et legit. (38, 16.) Stryck success. ab intest. Diss. 1. cap. 2. §. 21. Koch success. ab intest. §. 11. b. nr. 3.

des Todes des Verschollenen in Kraft tritt, durch solche Begebenheiten die Nächstberechtigten geworden sind, aus dem andern Grunde von den Berechtigten aus einer früheren Zeit nicht zurückgewiesen werden, weil es hiezu an der Gewißheit fehlt, daß schon früher eine andere Delation der Erbschaft stattgefunden habe.

§. 5.

Dieser letztere Grund, so wie aber meines Erachtens auch der, daß die bloße Dalation der Erbschaft noch kein sicheres, festes Recht giebt, entscheidet denn endlich auch e) in dem Falle zu Gunsten des heres ex nunc, wenn, während der Erblasser vermißt wurde, sich eine Veränderung mit der Gesetzgebung zugetragen hat, und dadurch jetzt andere Personen berufen worden sind, als welche nach der früheren Legislation das nächste Anrecht gehabt haben würden. Denn, obwohl gewöhnlich angenommen wird, die Succession regulire sich stets nach den am Tage des Todes des Erblassers, und der dadurch bewirkten ersten Delation der Erbschaft, geltenden Rechten, so folgt dieses doch weder aus allgemeinen Grundsätzen [20]), noch aus den besonderen dafür angezogenen Gesetzen [21]), noch end-

---

20) Denn die von Manchen, z. B. von Bergmann a. a. O. S. 108, und von Schweppe im römischen Privatrechte B. 1. §. 8. aufgestellte Regel, daß sämmtliche Wirkungen eines Verhältnisses als Folgen seines ersten concreten factischen Anfanges betrachtet, und nach den zu dieser Zeit bestehenden Rechtsnormen beurtheilt werden müßten, hat zwar, mit den gehörigen Einschränkungen verstanden, politisch vieles für sich, und ist auch von den römischen Gesetzgebern für einzelne Fälle nicht selten sanctionirt; allein nirgends ist sie allgemein vorgeschrieben, aus der Natur der Sache geht sie nicht hervor (vgl. Bergmann a. a. O. S. 31), und viele andere Bestimmungen und Entscheidungen unseres Rechtes stehen ihr entgegen. (Vgl. v. Weyhe allg. deutsch. Privatrecht. §. 65, 66.). Es dürfte daher näher in das Einzelne der Verhältnisse einzugehen, und die Entscheidung hauptsächlich aus den beiden Momenten zu entnehmen sein, welche Wirksamkeit das bisherige Recht den unter seiner Herrschaft bereits eingetretenen Thatsachen des Erwerbes beilegt, und ob die abweichenden Bestimmungen des neueren Rechts iuris privati oder publici sind.

21) Die l. 12. C. de suis et legit. (6, 55.) enthält theils nur eine concrete Bestimmung, ohne alle Bezugnahme auf allgemeine Grundsätze, theils sagt sie auch nur, ihre Vorschrift sei allein in futuris und nicht in praeteritis negotiis zu beobachten, ohne näher darüber zu entscheiden, ob der Fall einer bloß erst deferirten, noch nicht acquirirten, Erbschaft zu den praeteritis negotiis gehöre, was im Gesetze wohl kaum bedacht ist. Noch entschiedener kündigt sich die Verfügung der l. un. §. 13. C. de latina libert. toll. (7, 6.) als eine singuläre an,

lich aus der Natur der Delation. Diese letztere begründet vielmehr nach gemeinem Rechte nur eine Möglichkeit des Erwerbes, nützt aber gezeigter Maaßen nur dann, wenn die Bedingungen und Gründe des Erbrechts bis zur vollendeten Acquisition fortdauern. Liegt nun der Grund des Intestaterbrechts in dem Gesetze, welches diese oder jene Personen zur Erbschaft beruft, so scheint es auch nothwendig, daß solches Gesetz nicht bloß am Todestage des Erblassers bestanden, sondern daß es auch bis zur wirklichen Erwerbung des Nachlasses seine Gültigkeit behalten habe; und möchten sich schwerlich ausreichende Gründe dafür auffinden lassen, weshalb Veränderungen der Gesetze keinen Einfluß auf ein bloß deferirtes Erbrecht äussern sollen, während andere Veränderungen der Verhältnisse denselben entschieden mit sich führen [22]).

§. 6.

Giebt übrigens die Delation noch nicht einmal an sich ein unwiderrufliches Successionsrecht, so scheint man

3) um so weniger annehmen zu können, daß daraus allein dem Berufenen ein unveränderliches Recht auf einen bestimmten Theil des Nachlasses erwachse, sondern daß auch in dieser Hinsicht erst der wirkliche Erwerb entscheide; woraus denn in unserm Falle von selbst folgt, daß auch die Theilung nur nach den Verhältnissen vorgenommen werden kann, wie dieselben zur Zeit, wo die Vermuthung des Todes des Verschollenen eintritt, und wo gezeigter Maaßen der Erwerb erst möglich wird, vorhanden sind. Wenn man auch bei der obigen Rechtsfrage gewöhnlich anderer Meinung ist, und die Vertheilung so vorgenommen wissen will, wie sie zur Zeit der Delation hätte erfolgen müssen, so macht man dafür im Allgemeinen [23])

---

da sie sogar auf das Vermögen annoch lebender Personen feste Erbansprüche ertheilt, was doch aus allgemeinen Regeln des Rechts auf keinen Fall abgeleitet werden kann.

22) Durch die Aufstellung dieses Unterschiedes will namentlich Bergmann (a. a O. S. 110.) das gegen seine Theorie aus der l. 49. §. 1. D. de hered. instit. (28, 5.) entstehende Bedenken beseitigen.

23) Denn für den Fall, der mit die hauptsächliche Veranlassung zur Erörterung dieser Materie gegeben hat, wenn bei der Concurrenz von Geschwistern mit verstorbener Geschwister Kindern die Geschwister, wegen welcher eine successio in stirpes eintreten mußte, vor dem Erwerbe wegfallen, und nun die Frage entsteht, ob nicht jetzt unter den allein übrig bleibenden Geschwisterkindern in capita getheilt werden soll, berufen die Not. 10. angeführten Schriftsteller sich auch noch

die beiden Gründe geltend, daß schon die Delation ein wohlerworbenes Recht, selbst hinsichtlich der Erbportion, ertheile, und daß das Anwachsungsrecht beweise, die Theilung richte sich nach der Delation, nicht nach der Acquisition, indem ja, wenn Letzteres der Fall wäre, von einem Zuwachse, den die Portion eines Erben erhalte, gar nicht die Rede sein könne. Allein der erste dieser beiden Gründe enthält eine offenbare petitio principii, und läßt sich nach den obigen Ausführungen in seiner Prämisse nicht als richtig zugeben. Scheinbarer ist der zweite, allein durchgreifend ist er ebenfalls nicht, denn theils ließe sich doch von demjenigen, was durch den Wegfall von Miterben jetzt einem Andern mehr deferirt wird, als von Anfange an, füglich sagen, es sei der ihm deferirten Portion adcrescirt, theils wird von einem ius adcrescendi wenigstens vorzugsweise da geredet, wo demjenigen, welcher bereits acquirirt hatte, der Antheil berufen gewesener, aber weggefallener Miterben hinterher noch zufällt. Wenn aber der Eine vor dem Andern die Erbschaft antritt, so hat, zufolge der Wirksamkeit der Erbschaftsantretung der Erstere ohne Zweifel sofort ein wohlerworbenes Recht auf diejenige Portion, welche ihm damals angeboten war; und es kann eine bis zum Antritt der übrigen Erben entstehende Veränderung in den Verhältnissen nie die Wirkung haben, daß ihm sein Erbtheil wieder geschmälert werde, sondern nur die, daß der annoch vacante Theil des Nachlasses nunmehr unter die Uebrigen in der Maaße vertheilt wird, wie es die zur Zeit ihres Erwerbes vorhandene Lage der Dinge erheischt[24]). Da, wo es zum Erwerbe der

---

auf die Worte des R. A. v. 1529. §. 31: „Wenn einer untestirt abstirbt, und nach ihm kein Bruder oder Schwester, sondern seiner Brüder- oder Schwester-Kinder in ungleicher Zahl verläßt," woraus sie folgern, daß nur dann nach Häuptern zu theilen sei, wenn gleich bei dem Tode des Erblassers allein Neffen und Nichten vorhanden gewesen seien. Allein hiebei preßt man das Wort „verläßt" auf eine ganz unbehörige Weise; und hätte sich wohl an die viel vernünftigere Interpretation der Worte „intestatus moritur" durch die römischen Juristen in l. 2. §. 6. de D. suis et legit. (38, 16.) erinnern sollen.

24) Setzen wir z. B. Caius hinterläßt einen Bruder A, von einem zweiten, bereits verstorbenen Bruder einen Neffen B, und von einem dritten, ebenfalls bereits verstorbenen Bruder C 6 Neffen; so daß dem A, dem B und der soboles des C jedem $\frac{1}{3}$ des Nachlasses deferirt ist; nun verstürbe A, ohne angetreten zu haben, so würden jetzt, wo eine divisio in capita eintreten könnte, die Geschwister C, die noch nicht angetreten haben, gegen den B nur dann eine solche Theilung verlangen können, wenn auch er vor dem Tode des A das ihm deferirte $\frac{1}{3}$ noch nicht angenommen hatte. Wäre dieses aber bereits der Fall gewesen,

Erbschaft einer Erklärung der Annahme bedarf, und wo nach dem Particularrechte nicht etwa unbedingt eine Transmission der vorgefallenen Erbschaft eintritt, hat daher die s. g. successio ex nunc die überwiegenden Gründe für sich.

§. 7.

Viel zweifelhafter erscheint die Sache da, wo dem berufenen Erben entweder nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen der Suität, oder nach dem im betreffenden Particularrechte etwa beibehaltenen germanischen Principe[25]), die Erbschaft mit dem Tode des Erblassers ohne Antretung ipso iure erworben wird, oder wo doch sofort eine Transmission auf die Erben des Berufenen eintritt[26]),

---

so würde dem B sein bereits erworbenes Drittel ungeschmälert verbleiben müssen, nur hinsichtlich der übrigen $\frac{2}{3}$ eine Kopftheilung unter den Geschwistern C eintreten, und der einzige Nachtheil aus der Veränderung der Umstände könnte für den B nur darin bestehen, daß er von dem ius accrescendi ausgeschlossen bliebe, bis daß ihm ein solches auch nach den Grundsätzen der divisio in capita gebührte.

25) Es ist freilich nicht unbestritten, worin eigentlich der Grundsatz des germanischen Rechts bestehe, ob darin, daß der Erbe ipso iure den Besitz der Erbschaftssachen erhalte, oder darin, daß er die angefallene Erbschaft sofort und ohne Weiteres auf seine Erben transmittire, oder darin, daß er sie sofort eigenthümlich erwerbe, und nur die Befugniß zu abstiniren behalte. Die beiden letzteren Ansichten, die freilich in einiger Beziehung zu sehr verschiedenen Resultaten führen, kommen bei unserer Frage, wer zur Succession berechtigt ist, auf dasselbe hinaus. Die Erörterung der Sache würde hier zu weit führen; sonst müßte ich freilich mit Eichhorn (D. Priv. R. §. 337. d. 3ten Aufl.), Mittermaier (Grundsätze d. D. Pr. R. §. 414 3te Ausg.) und Albrecht (v. d. Gewere, S. 32 — 37. vgl. mit S. 23 — 30.) der Meinung sein, daß die Gewehr des Erblassers mit allen darin enthaltenen Rechten, wozu ich aber nicht mit Albrecht alle Rechte, die das gemeine Recht dem Besitzer ertheilt, zählen könnte (s. auch Eichhorn a. a. O. Not. c.), ipso iure auf den Erben übergehe; ich müßte aber noch weiter gehen, und mit v. Sydow (Darstell. d. Erbrechts nach d. Sachs. Sp. S. 311—13.) annehmen, daß zugleich mit der Gewehr auch die Güter selbst, „die gewere des gutes mit sament dem gute", wie das sächs. Lehnr. Art. 6. es ausdrückt, ohne Weiteres dem Erben zufallen. Manche Partikularrechte erfordern freilich jetzt zum Erwerbe der Erbschaft eine Antretung, lassen aber stets eine Transmission eintreten, so wie der Erbe nur die Delation erlebt hat. Preuß. Landr. I, 9. §. 370. coll. §. 413, 4; 477. Oesterr. Landr. §. 537 u. 809. coll. §. 547. Vgl. in Betreff Hamburgs ein Attestat des Senats vom 15. März 1752, in der Samml. d. Mandate. Th. 4. S. 185; und bei Klefecker in d. Samml. d. Hamb. Ges. Th. 4. S. 556, 7.

26) Freilich müßten diejenigen, welche zur Delation auch die Wissenschaft des nächsten Erben von dem Tode des Erblassers verlangen, das Transmissionsrecht in unserm Falle nicht eintreten lassen, und es

und es kann hier wenigstens nicht in allen Stücken dasselbe Resultat angenommen werden. Hier können nämlich die heredes ex nunc weder eine überhaupt nicht zutreffende Vermuthung des Fortlebens, noch auch den Grund für sich geltend machen, daß die bisherige Ungewißheit über Leben und Tod des Verschollenen den Erwerb des Nachlasses durch die früher Berufenen verhindert habe, denn die sui heredes erwerben auch dann sofort die Erbschaft und transmittiren solche weiter auf ihre Erben, wenn sie von dem Tode des Erblassers keine Wissenschaft erlangt haben [27]). Und da dieses keineswegs eine besondere Begünstigung der sui, sondern allein die Folge des hier sofort mit der Delation verbundenen ipso iure eintretenden Erwerbes ist [28]), so leidet es keinen Zweifel, daß dasselbe auch da gelten muß, wo das Particularrecht alle Erben den Nachlaß ipso iure erwerben und auf ihre Nachfolger transmittiren läßt [29]). Kann daher in einem solchen Falle auch nur hinterher noch der Beweis erbracht werden, daß der Verschollene bereits früher verstorben ist, so müssen die heredes ex nunc unbedingt den früheren Erben und deren Erben weichen. Bleibt es aber völlig ungewiß, wann der Verschollene verstorben ist, so ist freilich die Sache im höchsten Grade zweifelhaft, es scheint aber doch immer noch ein Grund vorhanden zu sein, weshalb den Erben,

---

ist inconsequent, wenn z. B. Alciatus, de V. S. ad l. 151. (in Oper. Tom. 2. pag. 1023, c.) der jenes annimmt, zum Behuf des Eintritts der statutarischen unbedingten Transmission jene Wissenschaft nicht erfordert; allein es ist oben bereits dargethan, daß der Mangel jener Wissenschaft die Delation nicht aufhält.

27) „Sui autem heredes fiunt etiam ignorantes", sagt §. 3. I. de heredit., quae ab intest. (3, 1.); und eben so heißt es in Beziehung auf sie in der l. 8. C. de suis et legit. (6, 55.) „quo casu mortis scientia non postulatur." Vide quoque l. 1. §. 7. D. si quis omissa causa test. (29, 3.) l. 68. §. 1. D. de legat. 1. (30.) l. 9. §. 1. D. de rebus. dub. (34, 5.) Daher erwerben denn auch infantes und furiosi als sui seredes sofort den Nachlaß. l. 63. D. de acq. v. omitt. hered. (29, 2.) l. 7. §. 2. C. de curat. furiosi. (5, 70.) Averanii interpret. iur. lib. 1. cap. 9. nr. 1. 12—17.

28) „In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso iure heredes existunt." l. 14. D. de suis et legit. (38, 16.)

29) Sachs. Sp. I, 33. Schw. Sp. Kap. 279. §. 1, 2. So lassen auch die nordischen Rechte, wenn mehrere Verwandte durch denselben Unfall umkommen, den Einen den Andern beerben, wenn es bewiesen werden kann, daß der Eine länger gelebt hat, als der Andere. Leg. Gula-Thingenses. Erfdab. Kap. 10. pag. 252, 3. ed Arna-Magn. Westgoeta-Lagen Cod. ant. Arfthaer-Bolk Kap. 13. pag. 28. ed Collin och Schlyter. Schwed. R. des Königs Christoph Tit. 3. Kap. 7. u. des Königs Friedrich vom Jahre 1736. tit. de iure hered. cap. 4. §. 3. coll. §. 1, 2.

welche zur Zeit der eintretenden Präsumption die nächsten sind, der Vorzug vor früheren gebührt, nämlich der, daß die Letzteren nur eine Möglichkeit des Todes des Erblassers, sie aber die rechtliche Gewißheit desselben für sich haben. Dieser Umstand, welcher auch da mit in die Wagschaale kommt, wo die Erben der Antretung bedürfen, muß nämlich die Beweislast, wovon nach der gegebenen Voraussetzung Gewinn und Verlust der Sache abhängt, auf diejenigen wälzen, welche ihre Ansprüche darauf gründen, daß der Erblasser zu einer früheren Zeit verstorben sei.

§. 8.

Uebrigens läßt man in unserer Praxis die Wirkungen des Todes bei den Verschollenen nicht ipso iure eintreten, so wie der Zeitpunkt herbei gekommen ist, an welchen das Gesetz oder der Gerichtsgebrauch die Präsumption des Nichtlängerlebens anknüpft, sondern man verlangt zuvor eine Edictalladung an den Verschollenen und ein demnächstiges Erkenntniß des competenten Gerichtes, daß derselbe für verstorben zu achten sei [30]). Manche Gesetzgebungen sind hiedurch veranlaßt worden, erst den Tag, an welchem diese s. g. Todeserklärung rechtskräftig wird, als denjenigen Termin festzusetzen, nach welchem sich die Succession in den Nachlaß des Verschollenen reguliren soll [31]); und dieses wollen auch einige Schriftsteller schon aus allgemeinen Grundsätzen ableiten [32]). Da jedoch die gesetzliche Präsumption gerade den Sinn hat, daß der Verschollene über jenen Termin hinaus nicht mehr gelebt habe, so spricht eine spätere Todeserklärung, die sich auf solche Präsumption gründet, nur dasjenige aus, was in der That schon früher vorhanden gewesen ist, und hat daher jener Ausspruch nur die Natur eines declaratorischen Erkenntnisses, dessen Wirkungen auf den Zeitpunkt zurückgehen, für den die Declaration abgegeben ist. Mithin wird durch die Todeserklärung des Verschollenen die Succession in dessen Nachlaß von dem Augenblicke an eröffnet, wo derselbe

---

30) v. Bülow l. not. 1. cit. S. 285 — 296. Haase l. not. 1. cit. Kap. 10. §. 3. S. 111 — 128. Vgl. f. Hamb. d. cit. Ver. v. J. 1819. Art. 2, 3; f. Lübeck d. cit. Ver. v. 1829. §. 8 — 10.

31) So z. B. das preuß. Landr. II. 18. §. 835; jedoch vgl. mit I. 1. §. 37. u. mit II. 2. §. 452, 3.; und das Oesterr. Landr. §. 278. In einigen Fällen sieht die angeführte Verordn. für Hamburg (Art. 6. Nr. 2. coll. Art. 1.) u. in allen d. f. Lüb. (§. 11.) zwar nicht auf den Termin der Todeserklärung, aber doch auf den, an welchem die ergangene Edictalladung abläuft.

32) Z. B. Gesterding Ausbeute von Rechtsforschungen B. 1. S. 338 — 44.

nach der rechtlichen Vermuthung nicht mehr für lebend erachtet wird [33]). Davon ist denn in Betreff aller der Fälle, in welchen die berufenen Erben den Nachlaß ipso iure erwerben, oder wo doch nach dem Partikularrechte die angefallene Erbschaft unbedingt auf die Erben weiter transmittirt wird, die rechtliche Folge die, daß die Erbschaft nicht denen, welche etwa zur Zeit der Todeserklärung die Nächsten sind, sondern daß sie denen für sich und ihre Erben gebührt, welche zu der gedachten Zeit zunächst berufen waren. Eher könnte zufolge der oben entwickelten Grundsätze da das Vorrecht dieser Personen bezweifelt werden, wo ein festes Recht auf die Erbschaft erst durch die Antretung derselben erworben wird, denn diese ist vor der ausgesprochenen Todeserklärung, bis wohin es an der zu einer gültigen Erbschaftsantretung erforderlichen Gewißheit der Delation fehlt, nicht zulässig, auch giebt diese Ungewißheit nach dem Civilrechte keinen Grund ab, weshalb die Erben des früher Berufenen die von ihrem Erblasser nicht mehr erworbene Erbschaft annoch ex iure transmissionis in Anspruch nehmen könnten. Allein hier, wo der Tod des Erblassers doch schon materiell gewiß ist, und das Hinderniß der Antretung nur darin liegt, daß jenes wegen einer noch unbeendigten gerichtlichen Verhandlung zur Zeit noch nicht formell anerkannt ist, dürfte der Prätor den Erben des inmittelst verstorbenen Berechtigten wohl durch Ertheilung einer bonorum possessio decretalis zu Hülfe gekommen sein [34]); und da nun, wenn auch heute zu Tage diese Form nicht mehr für anwendbar zu achten sein sollte, gleichwohl die Vorschriften des prätorischen Erbrechts ihrem materiellen Inhalte nach unbedenklich volle Anwendung finden müssen [35]), so dürfte in einem solchen Falle eine Transmission des Erbrechts zu gestatten sein [36]).

---

33) Thibaut Pandekten. B. 1. §. 532 a. E. Schweppe röm. Privatr. B. 1. §. 61. S. 149. In Sachsen ist dieses durch ein eigenes Rescript v. 16. Jun. 1790 festgesetzt worden; (Haase a. a. O. S. 135, 6; Haubold sächs. Privatr. §. 54 u. 305.) und für Hamburg liegt es in Betreff der mehrsten Fälle in der Vorschrift der cit. Verordn. Art. 6. Nr. 1.

34) arg. l. 12. D. de Carbon. edicto (37, 10.) l. 6. §. 1; l. 42. §. 3. D. de bonis libert. (38, 2.)

35) Hugo Lehrb. des heutigen röm. Rechts S. 159, 160, bes. Z. 25 — 30. Ausg. 7. Vgl. auch Koch bonorum possessio pag. 105, 6; 343 — 55; und eiusd. successio ab intestato §. 114, 131.

36) So bestimmt namentlich das Not. 32. angef. sächs. Rescript, daß die Verlassenschaft des Verschollenen „denen zu der Zeit existirenden nächsten Erben, oder denen an ihre Stelle getretenen Erben verabfolgt werden soll.

In Betreff der Frage, wie es mit dem Nachlasse eines Verschollenen zu halten sei, scheint daher die jetzt gewöhnlich angenommene Meinung die überwiegenden Gründe für sich zu haben.

XIII.

Von der einem Verschollenen vor erfolgter Todeserklärung deferirten Erbschaft.*).

§. 1.

Viel seltener und mit viel weniger Gründlichkeit, als der in der vorigen Abhandlung berührte Fall, findet sich bei den Schriftstellern die andere Frage erörtert, ob einem Verschollenen, so lange dessen Tod noch nicht rechtlich vermuthet wird, eine Erbschaft erworben werden könne[1]); und auch die Partikularrechte haben sich auf dieselbe meines Wissens nicht häufig verbreitet[2]). Es dürfte daher wohl der Mühe verlohnen, die von einigen Schriftstellern in diesem Stücke aufgestellte Lehre einer Prüfung zu unterziehen, und die Sache etwas genauer zu untersuchen. Die Meinung jener Rechtsgelehrten geht nun aber dahin, daß die einem Verschollenen, so lange er noch nicht für gestorben angenommen worden sei, deferirte Erbschaft demselben allerdings erworben werden könne, so daß sie einen

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp II. Bd. S. 142 — 174.

1) Consilia Tubing. cura Lauterbach. Vol. 3. cons. 206. Claproth summar. Proz. §. 224. Haase über die Edictalladungen. S. 118. Not. 42. S. 126. Nibler über die Edictalcitationen S. 129 — 132.

2) Preuß. Landr. I, 9. §. 465 — 69. Die in der vorigen Abhandlung mehrfach erwähnte Hamburg. Verordn. v. J. 1819 giebt im Art. 11, vergl. mit Art. 1. Abs. 2. nur ein Argument für diesen Fall an die Hand. Eine völlig deutliche, aber nicht für alle Fälle ausreichende Bestimmung findet sich in der ganz neuerlich, unter dem 30. Dec. 1829 in Lübeck erlassenen, im Ganzen der Hamburgischen nachgebildeten Verordnung über die Todeserklärung Abwesender. §. 12. Sehr bestimmte Vorschriften enthält das französische Recht Cod. civil. art. 135 — 138.

Bestandtheil seines Vermögens bilde, und demnächst mit seinem übrigen Nachlasse auf seine Erben weiter vererbt werde. Ihre Argumentation hiebei ist folgende. Der Tod eines Verschollenen werde vor dem zurückgelegten siebenzigsten Lebensjahre oder dem anderweitigen dafür im Partikularrechte substituirten Termine, nicht vermuthet; mithin sei das Gegentheil, nämlich daß bis dahin sein Leben fortgedauert habe, anzunehmen. Denn theils folge dieses aus der gedachten Präsumption des Todes nach Erreichung des Alters von 70 Jahren, welche Präsumption dahin gehe, daß der Verschollene zu dieser Zeit aufgehört habe, zu leben, damals gestorben sei, was undenkbar erscheine, wenn man nicht ein bis dahin fortbestehendes Leben desselben annehme, und was demnach in jener Präsumption implicite mit enthalten sei[3]); theils sei das eine Folge des Grundsatzes, daß Veränderungen eines Zustandes die Vermuthung wider sich hätten, welchem zufolge ein Verschollener, von dem es doch gewiß sei, daß er einmal gelebt habe, so lange als fortlebend angesehen werden müsse, bis man von der Gegenseite den erfolgten Tod desselben entweder wirklich oder mittelst einer Rechtsvermuthung zu erweisen vermöge[4]). Wären diese Grundsätze als richtig anzuerkennen, so würde daraus allein schon die Richtigkeit der erwähnten Theorie für alle diejenigen Fälle hervorgehen, wo, entweder bereits nach den Grundsätzen des gemeinen oder doch nach denen des statutarischen Rechts, die deferirte Erbschaft dem berufenen Erben, ohne daß es einer Antretung bedarf, ipso iure entweder eigenthümlich, oder doch zum Behuf der Transmission auf seine Successoren, erworben wird. Denn hier ist die einzige Thatsache, deren es zum Beweise des Erwerbes einer Erbschaft bedarf, die, daß der Erbe den Erblasser überlebt habe, und diese würde durch jene Präsumption bis zum Beweise des Gegentheils dargethan werden.

---

3) Die Fassung mancher Partikularrechte, z. B. derer von Preußen, Oesterreich, Hamburg und Lübeck, wo ein gewisser Tag für den Todestag des Verschollenen erklärt wird, giebt diesem Argumente, in Betreff jener Länder, einen großen Schein. v. Zeiller Commentar z. österreich. Gesetzb. B. 1. S. 124.

4) Mascardi de probat. Tom. 1. concl. 170. nr. 10. Carpzov iurisprud. for. P. 3. const. 15. def. 48. 54; const. 17. def. 14. nr. 6. sqq. Leyser medit. ad ff. spec. 95. med. 9, 24. Consil. Tubing. l. c. nr. 7 — 15; 22 — 37. Claproth summar. Proz. §. 224. Glück Pandekten. Bd. 7. S. 494. Haase a. a. O. Kap. 9. §. 2. Not. 6. S. 88, 89; Kap. 10. §. 6. Not. 42. S. 118; §. 11. S. 134. Schneider vom rechtl. Beweise §. 26. v. Bülow. Abhandl. B. 1. S. 286.

§. 2.

Da hingegen, wo mit der Delation der Erbschaft nicht schon der Erwerb derselben ohne Weiteres verbunden ist, sondern wo es hiezu ausserdem noch einer Antretung von Seiten des berufenen Erben bedarf, und der Grundsatz gilt, daß eine nicht angetretene Erbschaft nicht transmittirt wird, ist mit jener Präsumption allein noch nichts gewonnen. Es muß vielmehr, da der Verschollene selbst die Erbschaft anzutreten nicht im Stande ist, noch ein Surrogat hiefür in den Rechten vorhanden sein, wenn auch eine solche Erbschaft einen Bestandtheil von dessen Vermögen bilden, und den Successoren in seinen Nachlaß mit zu Gute kommen soll. Dieses Surrogat hat man nun in Zweierlei finden wollen. Wenn nämlich für den Verschollenen entweder schon früher oder bei Gelegenheit eines Erbschaftsanfalles ein Curator bestellt worden ist, so hat man diesen nach den angeblich bei der römischen **bonorum possessio** geltenden, jetzt analog auch bei dem civilrechtlichen Erwerbe einer **hereditas** anzuwendenden Grundsätzen, so wie jedenfalls nach der Praxis für befugt erachtet, für den Verschollenen die Erbschaft anzutreten, und sie demselben dadurch zu erwerben [5]). Wenn hingegen ein **curator absentis** nicht bestellt, oder von dem bestellten Curator die Erbschaft nicht angetreten ist, so will man zu Gunsten der Erben des Verschollenen die sogenannte **transmissio ex capite restitutionis in integrum** eintreten lassen, und es ihnen vermöge derselben gestatten, die ihrem Erblasser deferirte Erbschaft statt desselben annoch für sich innerhalb der Restitutionszeit anzutreten [6])

§. 3.

Allein, was hiebei zuvörderst den aus der rechtlichen Vermuthung des Todes abgeleiteten Grund für das Fortleben anbetrifft, so beruht derselbe auf einem offenbaren Fehlschlusse. Er könnte nämlich nur dann für zutreffend angesehen werden, wenn die Präsumption des Todes den Sinn hätte, daß der Verschollene gerade als an dem Tage des zurückgelegten siebenzigsten Jahres, oder des anderweiten gesetzlichen Termins verstorben anzusehen sei. Diese Annahme erscheint aber, da gewiß sehr wenige Menschen gerade an dem Tage versterben, als so widernatürlich, daß sie sich einer vernünftigen Gesetzgebung oder einem gesunden Gerichtsgebrauche unmöglich unterschieben läßt; und kann es vielmehr bei der Präsumption, auch nach der Bedeutung der derselben zum Grunde liegen-

---

5) S. die, Note 1. angeführten, Schriftsteller.

6) Haase a. a. O. S. 135. Note 103. ibique cit.

den Bibelstelle, nur als die Meinung angenommen werden, einen Zeitpunkt zu fixiren, über welchen hinaus die Fortdauer des Lebens des Verschollenen keine Wahrscheinlichkeit mehr für sich habe, und dieser Wahrscheinlichkeit juristisch die Kraft einer Gewißheit zu ertheilen. Sonach macht die Präsumption nur dem bisherigen Zustande der Ungewißheit in soweit ein Ende, daß vermuthet wird, der Verschollene lebe nun nicht mehr, und steht sie mithin demjenigen zur Seite, welcher sich auf den Tod desselben stützt; sie entscheidet aber nichts darüber, wann der Tod erfolgt ist, ob erst damals oder bereits früher, und wer demnach seinen Anspruch darauf gründet, daß der Verschollene bis dahin, oder bis zu einer anderen früheren Zeit fortgelebt habe, der findet in ihr keine Stütze, sondern muß diesen Umstand als das Fundament seines Rechtes beweisen[7]). Selbst da, wo das Partikular-Recht bei Gelegenheit der von den Erben nachgesuchten Todeserklärung eines Verschollenen einen gewissen Tag für den Todestag desselben erklärt, dürfte, insofern nicht das Gesetz selbst dazu sonstige Veranlassungen giebt, keine andere Ansicht der Sache aufzufassen sein, indem diese Bestimmung dann am natürlichsten als nur für den Fall der Beerbung des Verschollenen gemeint verstanden wird[8]).

§. 4.

Nun beruft man sich freilich zur Begründung der Vermuthung des Fortlebens noch auf die Regel, **mutationem non praesumi**; allein mit eben so wenig Recht. Jene Regel, oder vielmehr dasjenige, was man damit ausdrücken will, daß derjenige, welcher seine Ansprüche auf gewisse Verhältnisse gründet, nur die Entste-

---

7) Alciatus de praesumpt. reg. 1. praes. 44. in fin. (in oper. Tom. 3. p. 622.) Koch succ. ab intestato, auctar. II. p. 228; 236, 7. ed. 8. Schweppe röm. Privatrecht B. 1. §. 57. a.; §. 61. nr. 2.

8) Von den, Note 3. angeführten Rechten gehen freilich das Preußische, Hamburgische und Lübische weiter, und präsumiren allerdings die Fortdauer des Lebens bis zum Zeitpunkte des vermutheten Todes. Dieses ergiebt sich, in Betreff Preußens, aus der Vorschrift des allg. Landr. I, 1. §. 38. vergl. mit I, 9. §. 466; II, 18. §. 832. u. II, 2. §. 452, 53; in Betreff Hamburgs aus der mehrerwähnten Verordnung über Todeserklärungen. Art. 11; und in Betreff Lübecks aus der angez. Verord. §. 12. Das österreich. Landr. §. 24. hingegen beschränkt sich auf eine Vermuthung des Todes, und da es auch in dem §. 278, wo ein rechtlicher Sterbetag des Verschollenen festgesetzt wird, nur für den Fall einer nachgesuchten Todeserklärung (s. §. 277.) eine Norm ertheilen wollte, so dürfte bei diesem Rechte die in dem Texte aufgestellte Interpretationsregel ihre Anwendung finden.

hung, aber nicht die Fortdauer derselben zu beweisen brauche, sondern daß die Beweislast denjenigen treffe, welcher die Fortdauer in Abrede stelle, ist allerdings insoweit — wiewohl selbst hier nicht unbedingt — richtig, als es sich von einem ius, einer obligatio, oder überhaupt von einem Rechtszustande handelt [9]). So braucht bei der rei vindicatio der Kläger nur zu erweisen, wie das Eigenthum von ihm erworben worden ist, nicht aber ausserdem, daß er noch fortwährend Eigenthümer ist [10]), sondern der Beklagte, welcher behauptet, jener habe jetzt aufgehört Eigenthümer zu sein, muß diese seine Behauptung, obwohl sie an sich füglich wie ein bloßes Abläugnen des Klagegrundes, des gegenwärtigen Eigenthums des Klägers, angesehen werden könnte, als eine Einrede aufstellen und beweisen [11]). Auf gleiche Weise braucht der ingenuus zum Beweise seines status nur seine Geburt als Freier, der libertinus nur den

---

9) Borst über die Beweislast §. 25. v. Bethmann-Hollweg Vers. d. Civ. Proz. S. 345—49. Schweppe röm. Privatr. §. 57. a. a. E.

10) In rem actio competit ei, qui aut iure gentium, aut iure civili dominium adquisivit, sagt Paulus in l. 23. pr. D. de R. V. (6, 1.); und auf gleiche Weise heißt es in l. 16. C. de probat. (4, 19.): . . . . unde domini facti sunt, emergente quaestione docere compelluntur. Cf. l. 12. C. eod. Daher werden denn auch die instrumenta emptionis für tüchtige Beweismittel des Eigenthums bei der rei vindicatio erklärt (l. 10. C. de rei vindic., 3, 32; l. 4, 21. C. de probat. 4, 19.), obwohl aus ihnen über die Fortdauer des erworbenen Eigenthums nicht zu entnehmen ist. — Auffallend scheint es hienach, wenn die Hamburg. Statut. II, 8. Art. 8 von dem Vindikanten glaubwürdige Anzeige verlangen, daß das Gut sein gewesen und noch sei; allein der Artikel redet bloß von der Vindikation von Mobilien, welche das germanische Recht nicht gestattet, wenn man die Sache freiwillig aus seinem Gewahrsam gelassen hat; und da nun eine rechtliche Vermuthung darüber, ob die Entfernung der Sache aus der Were eine freiwillige oder eine unfreiwillige gewesen ist, nicht stattfindet, so verlangt dasselbe von dem, welcher sich zu seiner Sache ziehen will, consequenter Weise auch den Beweis, daß ihm die Sache auf eine zur Vindikation berechtigende Weise abhanden gekommen sei. Dieses ergiebt sich klar aus der entsprechenden Stelle in den älteren Recensionen der Hamburg. Statuten (v. 1270. XII, 5; v. 1292. P. 5; v. 1497. O. 14), so wie aus anderen germanischen Rechten (vgl. Hudtwalcker und Trummer criminal. Beitr. B. 2. S. 295, 96; 298, 99; 301); und dieses ist nach der Einleitung des Artikel sicher auch nur die Meinung der erwähnten Vorschrift in den jetzt geltenden Statuten, obwohl die Fassung derselben keineswegs angemessen erscheint.

11) Gl. ad l. 16. C. de probat. (4, 19.); ad c. 15. X. de restit. spoliat. (2, 13.) ad verba: diutius possedisset. Mascardi de probat. Tom. 1. concl. 176. nr. 3 — 5; Tom. 3. concl. 1202. nr. 4, 5, 20. v. Savigny vom Besitz §. 35. S. 416. der 5. Aufl.

Akt der Freilassung, der Vater nicht die Fortdauer, sondern es hat vielmehr der Sohn die Aufhebung der väterlichen Gewalt darzuthun [12]). Eben so genügt es für denjenigen, welcher Rechte aus einer obligatio in Anspruch nimmt, die Entstehung derselben zu beweisen, und liegt dann dem Schuldner, welcher die Wiederaufhebung derselben behauptet, der Beweis dieser seiner Behauptung ob [13]). Ja selbst da, wo die Fortdauer des Rechtsverhältnisses auf der einseitigen Willensbestimmung des Handelnden beruhet, und er diese nach Gefallen ändern und durch die Aeußerung seiner Willensänderung das Geschäft wieder unwirksam machen kann, wo also noch am ersten Grund vorhanden wäre, demjenigen, welcher sich auf einen solchen Willensakt beruft, den Beweis, daß der Handelnde bis zum Ende bei seiner Willensmeinung beharrt habe, abzufordern, stellt das Recht sowohl im Allgemeinen, als auch in einzelnen Anwendungen, die Regel auf, daß den die Beweislast treffe, der eine Aenderung des Willens behaupte [14]).

§. 5.

Wenn man nun aber diese Grundsätze ohne Weiteres auf factische Verhältnisse, namentlich auf den Besitz und das Leben anwenden, und, so weit das nach der Natur derselben möglich ist, auch deren Fortdauer, bis zum Beweise einer eingetretenen Aenderung vermuthen, mithin nur über ihre Entstehung oder ihre frühere Existenz, nicht aber über ihren Fortbestand, einen Beweis verlangen will, so fehlt es hiefür nicht nur an jeder gesetzlichen Vorschrift [15]), deren es doch zu jeder rechtlichen Präsumption mehr

---

12) Nov. 90. cap. 6. l. 8. D. de probat. (22, 3.)

13) l. 1. C. de probat. (4, 19.); coll. l. 12, l. 25. §. 2. D. eod. (22, 3.) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348.

14) „Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere“ verordnet allgemein l. 22. D. de probat. (22, 3.) Anwendungen dieser Regel auf fideicommissa tacita und Schenkungen unter Ehegatten, die zugleich jene Regel in ihr wahres Licht setzen, finden sich in l. 3. D. eod l. 22. D. de legat. II. (lib. 31.) l. 32. §. 4. D. de donat. i. v. et u. (24, 1.) Das Gegentheil hievon liegt auch nicht in der l. ult. C. de pactis (2, 3.); denn, wenn gleich hier von dem Erblasser die Zustimmung zu einem über seinen Nachlaß geschlossenen Erbvertrag, und das Beharren hiebei bis zum Ende seines Lebens verlangt wird, so ist damit bloß das rechtliche Erforderniß aufgestellt, aber nichts darüber festgesetzt, wer nöthigenfalls dabei die Beweislast zu übernehmen habe.

15) In Betreff des Besitzes hat man sich wohl auf die Vorschrift der l. 3. §. 6. D. de acq. v. am. poss. (41, 2.) berufen, wonach es bei dem Verluste des Besitzes auf die affectio des Besitzers ankommen

oder minder bedarf, sondern es würde auch bei dem häufigen Wechsel, und den vielfachen Veränderungen, welchen die mehrsten factischen Verhältnisse unterworfen sind, eine so allgemeine und ausgedehnte Präsumption für die unveränderte Fortdauer eines Zustandes als sehr widernatürlich erscheinen; und es würde endlich zu einer analogen Anwendung der für die Fortdauer eines Rechtsverhältnisses geltenden Vermuthung an der erforderlichen Gleichheit der Gründe fehlen[16]). Denn Rechte und Forderungen sind etwas Ideelles, was, wenn es einmal durch einzelne vorübergehende Handlungen entstanden ist, selbst dann noch fortbestehen soll, wenn es sich auch für den Augenblick nicht durch äussere Merkmale zu erkennen giebt, ja selbst nicht zu erkennen geben kann, bis daß einzelne bestimmte entgegengesetzte, ebenfalls keine dauernde Zeichen hinterlassende Begebenheiten, denen das Recht diese Kraft beigelegt hat, eingetreten sind, und das Recht oder die Forderung wieder vernichtet haben. Ja selbst da, wo äussere Erscheinungen vorhanden sind, aus welchen auf das Recht zurückgeschlossen werden könnte, würde dieser Schluß gar kein sicherer und bündiger sein, weil die Anmaßung sich eben so äussert, wie das Recht, weil eine und dieselbe Handlung der Ausfluß sehr verschiedenartiger Rechte sein, und weil dem Einen das Recht zustehen kann, während der Andere befugt ist, dasselbe für Jenen oder für sich auszuüben.

---

soll; also falle dieses unter die Regel der l. 22. D. de probat. cit (Mascardi de prob. Tom. 1. concl. 170. nr. 2, 3, 13, 14; Tom 3. concl. 1202. nr. 10 — 12.); allein das Argument würde höchstens für den besonderen Fall des Verlustes des Besitzes durch animus non possidendi zutreffen, und selbst hiebei paßt es nicht, weil das Wort voluntas in der l. 22. cit. nicht den Willen, sondern einen juristischen Willensakt bezeichnet.

16) Ein Gegensatz der factischen und der juristischen Verhältnisse in dieser Hinsicht ist schon von Alters her von Vielen angenommen worden. Manche Glossatoren des Civilrechts erklärten namentlich beim Besitze, wo sich die Frage in Vergleichung mit dem Eigenthum am häufigsten erörtert findet, die Regel olim possessor hodie possessor für unrichtig (Glossa ad l. 16. C. de probat., 4, 19; ad verbum: „constituti"); eben so verwarf Bartolus den Schluß von einem früheren Besitze auf den gegenwärtigen, gleich dem von früherem Reichthum oder von früherer Armuth auf die gegenwärtigen Vermögensverhältnisse, weil in diesen Dingen leicht eine Veränderung eintrete. (Bartolus in l. 8. D. de confirm. tutore, 26, 3; in l. 15. §. 13. D. de excusat. 27, 1; in l. 6. §. 1. D. de confessis, 42, 2.); und so begnügte sich auch die Glosse zum canonischen Rechte bei der Spolienklage nicht mit dem Beweise des Klägers, einst, sondern erforderte den, zur Zeit des spolii besessen zu haben. — v. Savigny vom Besitz. S. 416 — 8. d. 5ten Aufl. — Borst üb. die Beweislast §. 23. — Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347, 8. Schweppe röm. Privatr. B. 1. §. 57 a.

§. 6.

So, um die Sache nur an einem Beispiele klar zu machen, dauert das Eigenthum fort, wenn auch der Gegenstand desselben dem Eigenthümer abhanden gekommen ist, wo er sich mithin ausser Stande befindet, auf denselben auf eine äusserlich erkennbare Weise einzuwirken, und durch die Vornahme solcher Einwirkungen den Beweis der Fortdauer seines Eigenthums zu führen. Setzen wir aber auch, daß Jemand im Besitze der Sache wäre, und er wollte nun durch die Perception der Früchte von derselben darthun, daß er Eigenthümer derselben sei, so würde dieser Beweis als sehr wenig stringent, und keinesweges als genügend angesehen werden können, da auch der Nießbraucher, der Pächter, der Verwalter die Früchte percipiren dürfen, und der **invasor rei alienae** es gleich ihnen de facto thut. Jener Umstand kann daher nicht einmal zu dem Beweise, daß dem Manne überall ein Recht zusteht, noch weniger aber zu dem Beweise der Art des ihm etwa zuständigen Rechtes dienen. Sollte daher der Berechtigte genöthigt werden, über die Fortdauer seines Rechtes bis zu dem betreffenden Zeitpunkte einen Beweis zu führen, so könnte er denselben nur durch die Nachweisung erbringen, daß seit der Erwerbung des Rechtes bis zu dem erwähnten Momente keine der Begebenheiten stattgefunden habe, woran der Verlust des Rechtes geknüpft ist, eine Negative, welche immer sehr schwierig, in sehr vielen Fällen aber ganz unmöglich zu erbringen sein würde. Wollte daher die Gesetzgebung den von ihr anerkannten Rechten nicht wieder einen sehr bedeutenden Theil der denselben eingeräumten Wirksamkeit entziehen, und dadurch mit sich selbst in Widerspruch treten, so müßte sie, obwohl eigentlich ein gegenwärtiges Recht zur Begründung der Klage oder der Einrede erforderlich ist, sich doch von Seiten des Berechtigten in der Regel[17]) mit dem Beweise der Thatsachen, wodurch das Recht erworben ist, begnügen, und es dem Gegner auferlegen, darzuthun, daß rechtliche Begebenheiten, wodurch es wieder aufgehoben oder unwirksam geworden ist, eingetreten seien.

§. 7.

Ganz anders liegt die Sache bei factischen Zuständen und Verhältnissen, deren Fortdauer sich in der Regel eben so durch

17) Daß der Grundsatz nicht ohne Ausnahme ist, ergiebt l. 28. C. de liberali causa, (7. 16). wie bereits Schweppe, röm. Privatr. B. 1. §. 57 a., bemerkt hat. Vgl. auch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348. Not. 55. Das Genauere gehört aber nicht hieher.

äussere, in die Sinne fallende Zeichen zu erkennen giebt, als wie das erste Entstehen, und wo daher der Beweis, daß sie noch bestehen, an sich kaum erheblichern Schwierigkeiten unterliegt, als der, daß und wie sie einst entstanden sind, indem der Beweisführer ja nur diese äusseren Kennzeichen, woraus sich die Fortdauer des Zustandes entnehmen läßt, darzulegen braucht. Hier ist demnach im Allgemeinen keine Veranlassung dazu vorhanden, von der Regel, daß, wer aus gegenwärtigen Verhältnissen ein Recht ableitet, deren gegenwärtigen Bestand, als das Fundament seiner Klage oder seiner Einrede, zu beweisen habe, abzuweichen, und dem Beweisführer mittelst einer Präsumption der Fortdauer zu Hülfe zu kommen[18]). Die Schwierigkeiten aber, welche dabei in einzelnen Fällen entstehen, sind auf die Vertheilung der Beweislast ohne Einfluß, weil letztere sich nach allgemeinen Regeln, nicht aber darnach bestimmt, ob unter den concreten Umständen etwas leichter oder schwieriger darzuthun ist; und sie müssen dieses bleiben, weil eine desfallsige Uebertragung der Beweislast auf den Gegner leicht zu einer Ungerechtigkeit gegen diesen, dem die Darlegung der Wahrheit vielleicht gleiche Schwierigkeiten, als wie jenem verursacht, führen könnte. Uebrigens darf es bei dem aufgestellten Grundsatze nicht übersehen werden, daß, wenn gleich die Normirung der Beweislast da, wo nicht die Gesetze selbst Ausnahmen angeordnet haben, sich nach festen juristischen Regeln richtet[19]), dennoch die an-

---

18) In den Fällen, wo ein gegenwärtiger factischer Zustand zur Begründung der Klage gehört, hebt daher auch das römische Recht dieses Erforderniß scharf hervor, ohne dabei, wie bei der Eigenthumsklage, eine Beweisführung durch die Entstehung des Verhältnisses zu gestatten, so daß man deutlich sieht, es soll hier präcise der Beweis des gegenwärtigen Zustandes geführt werden. So heißt es beim interdicto de vi: „Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, cum deiiceretur, possidebat. . .“ l. 1. §. 23. D. de vi (43, 16.) So genügt zur Anstellung des interdicti de itinere actuque privato nicht der Beweis, früher die quasi-possessio dieser Servituten erlangt oder gehabt zu haben, sondern es ist der Beweis der Ausübung im letzten Jahre, und zwar wenigstens an 30 verschiedenen Tagen erforderlich, und rechtfertigt es Ulpian hiebei noch besonders, aus den eigenthümlichen Verhältnissen dieser Servituten, warum hier nicht präcise der Beweis des Gebrauchs zur Zeit der Anstellung der Klage erfordert wird. l. 1. §. 2—4; l. 3. §. 13. D. de itinere actuque priv. (43, 19.) Aehnliches gilt von den interdictis de aqua cottidiana et aestiva (l. 1. pr., §. 4, 21, 29. D. de aqua cottidiana et aestiva, 43, 20.); de rivis (l. 1. pr., §. 9. D. de rivis, 43, 21.); und de fonte (l. 1. pr. D. de fonte, 43, 22.) Andere Beweise der Art ließen sich noch in Menge beibringen.

19) S. ganz besonders Bethmann-Hollweg a. a. O. Nr. 5.

dere Frage, ob der erforderliche Beweis geführt sei oder nicht, der Beurtheilung des Richters anheim fällt, und nach dessen vernünftigem Ermessen, unter Erwägung aller Umstände, entschieden werden muß. Sonach ist es denn keineswegs nothwendig, daß die Existenz des factischen Zustandes gerade in dem Momente, auf welchen es rechtlich ankommt, erwiesen werde, sondern es muß durchaus genügen, wenn dieser Beweis nur für eine Zeit geführt wird, von welcher sich nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge für jenen Moment in überzeugender Weise auf die unveränderte Fortsetzung desselben Verhältnisses schließen läßt [20])

§. 8.

Wenden wir nun diese Grundsätze auf unsere Frage an, so ergiebt sich daraus von selbst, daß bei vermißten Personen, von deren Leben oder Sterben keine Nachrichten vorhanden sind, keine rechtliche Vermuthung des Fortlebens bis zu dem Momente, wo eine gesetzliche Präsumption des Todes, oder wohl gar bis zu dem Tage, worauf die Edictalladung des Verschollenen gestellt ist [21]), oder der Rechtskraft des die Todeserklärung aussprechenden Erkenntnisses [22]) angenommen werden kann; sondern daß, so lange

---

20) So wird von dem, welcher ausgeht ohne Jemanden zurück gelassen zu haben, doch angenommen, daß er den Besitz seiner Sachen animo fortsetze (l. 1. §. 24. D. de vi, 43, 16.), und so wird in der Not. 18. angeführten Fällen der Berechtigte noch in der quasi-possessio servitutum geschützt, wenn er auch die Ausübung seines Rechtes nicht gerade unmittelbar vor Anstellung der Klage nachzuweisen vermag. Das Nähere fällt der Beurtheilung des concreten Falles anheim. Vgl. die Not. 16. a. E. angeführten Schriftsteller.

21) Auf diesen Moment sieht die angeführte neue lübische Vorrede §. 12. coll. §. 11. ganz allgemein auch da, wo es sich von dem Erwerbe von Rechten für den Abwesenden handelt.

22) Sehr bedenklich erscheint es, den Moment, bis zu welchem die Fortdauer des Lebens angenommen werden soll, auch hinsichtlich des Erwerbes von Rechten für den Verschollenen, bis zu einem dieser letzteren Termine hinauszusetzen; denn es kann dadurch das höchst unnatürliche Resultat herbei geführt werden, daß ein Verschollener, bei dessen Todeserklärung bisher Niemand interessirt war, und auf welche daher zur Zeit noch von keiner Seite angetragen war, jetzt, wo er über 100 und mehrere Jahre alt sein würde, noch zu einem Erwerbe berufen wird, davon Andere ausschließt, und nunmehr, wo durch seine Todeserklärung etwas zu gewinnen ist, unmittelbar darauf von demselben Rechte, welches ihn erst so eben von den Todten auferweckt hatte, abermals zu Grabe getragen wird. — Das preußische Recht, welches für die Fortdauer des Lebens präsumirt (s. Note 8.), dehnt daher sehr angemessen da, wo für den Verschollenen erworben werden soll, jene Ver-

der Tod des Verschollenen noch nicht rechtlich vermuthet wird, auch das Recht einen Zustand der Ungewißheit anerkennt, es für zweifelhaft ansieht, ob er noch existire, oder ob er bereits aufgehört habe zu existiren, in der Hinsicht aber weder eine Präsumption für die Fortdauer, noch eine für das Aufhören des Lebens enthält. Ja, eine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens bis zu einem gewissen Zeitpunkte würde um so willkührlicher erscheinen, da nicht nur nach den Gesetzen der Natur das Leben jedes Menschen einmal aufhören muß, und das bei dem Einen sich früher, bei dem Andern sich später ereignet, sondern da auch so viele äussere Umstände den Tod häufig früher herbei führen, als die organische Beschaffenheit des Menschen ihn veranlaßt hätte. Das Recht geht also, indem es nichts präsumirt, auch in diesem Stücke mit den gewöhnlichen Lebensansichten Hand in Hand, wie das in solchen Stücken fast immer der Fall ist, wenn man nur die willkührlichen Annahmen gewisser Juristen zurückweist, ein Verdienst, was in unserer Lehre den Verfassern des französischen Civilgesetzbuches in hohem Grade zukommt [23]). Aus jener Ansicht folgt nun aber von selbst, daß, so lange der Zustand der Ungewißheit über das Leben des Verschollenen dauert, immer denjenigen die Beweislast trifft, welcher entweder auf die Lebensfortdauer oder auf den Tod desselben einen Anspruch gründet [24]). Wird daher in dieser Zeit eine Erbschaft eröffnet, worauf der Verschollene, insofern er noch am Leben ist, entweder allein oder mit Anderen das nächste Recht hätte, und es wollten jetzt die nächstfolgenden Berechtigten einen Anspruch auf den Nachlaß, oder die Miterben solchen auf das Ganze desselben heben, so würden jene damit für jetzt gänzlich, diese aber zu dem Theile, welcher dem Abwesenden gebührte, zurück gewiesen werden müssen, insofern sie nicht den Tod desselben zu erweisen vermöchten. Auch könnten die Miterben sich nicht etwa auf ihr eventuelles ius accrescendi, und ein ihnen vermöge

---

muthung nicht wie in anderen Beziehungen (s. d. vor. Abhandl. Not. 3.) bis zum Tage der Rechtskraft der Todeserklärung, sondern nur bis zu dem Tage aus, wo es den Tod des Verschollenen vermuthet. Preuß. Landr. II. 2. §. 452, 3.

23) S. besonders die Aeußerungen des Commissair Tronchet in den Discussionen zum Code civil, art. 120. (Conférence du Code civil. Tom. 1. pag. 312, 3.) die von allen Gesetzgebern in dieser Materie beherzigt zu werden verdienten.

24) Bartolus ad l. 5. C. soluto matrim. (7, 18.) Weber üb. die Verbindl. zur Beweisführung. S. 230 — 2. Schweppe röm. Privatr. B. 1. §. 57 a.; 61. ur. 2. Auch werden hiefür angeführt: Consilia Tubing. cura Besold P. 6. cons. 278. nr. 4. sq. G. L. Schmidt öffentliche Rechtssprüche. Nr. 5. pag. 38, 39.

desselben zustehendes Recht auf das Ganze stützen, denn dieses Letztere kann nicht eher geltend gemacht werden, als bis es gewiß ist, daß keine Miterben eintreten werden; und es muß daher dieser Umstand von dem Miterben, welcher ein Recht auf das Ganze in Anspruch nimmt, erwiesen werden [25]). Auf der anderen Seite müßte aber derjenige, welcher für den Abwesenden ein wirkliches, definitiv zuständiges Erbrecht verfolgen wollte, den Beweis übernehmen, daß derselbe den Anfall der Erbschaft erlebt habe, und es erscheint dieses da, wo zum Erwerbe des Nachlasses eine Antretung nothwendig ist, um so unerläßlicher, weil der Erbe selbst nicht eher mit Rechtsbestand antreten kann, als bis er über die Delation der Erbschaft an ihn Gewißheit hat [26]). Um so mehr muß daher derjenige, welcher für einen Abwesenden antreten will, darüber ausser Zweifel sein, daß derselbe noch existire. Ohne solchen Beweis aber könnte ihm für den Abwesenden nur eine interimistische Verwaltung des demselben möglicher Weise gebührenden Erbtheils zugebilligt werden.

§. 9.

Dieser interimistische Zustand kann nun aber nicht ewig fortdauern, sondern es muß doch endlich einmal definitiv bestimmt werden, wer die Erbschaft erhalten soll; und diese Bestimmung erfolgt am natürlichsten dann, wenn es vermöge der rechtlichen Vermuthung, und der in Gemäßheit dieser ausgesprochenen Todeserklärung, nunmehr juristisch gewiß geworden ist, daß der Verschollene nicht mehr lebt. Hier können nun aber, selbst wenn die Erbschaft von einem Unmündigen herrührt, die Vermuthungen des römischen Rechts, wonach angenommen wird, der Mündige habe den Unmündigen überlebt, keine Anwendung finden, weil diese Präsumptionen sich nur auf das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern beziehen, auch das Umkommen in einer gemeinsamen Lebensgefahr voraussetzen [27]). Ja auch die in anderen Verhältnissen von jenem

---

25) arg. l. 28. §. 5. D. de iudiciis (5, 1.). l. 2. D. si pars hered. pet. (5, 4.) l. 36. D. de solut. (46, 3.) Cuiacii recitat. ad Pand, ad l. 7. fam. ercisc. (in Oper. edit. Fabrotl. Tom. 7. col. 525, 6.) Faber in Cod. lib. 3. tit. 21. def. 3.

26) §. 7. I. de hered. qualit. (2, 19.) verbis: et sc ei heredem esse. l. 23; l. 30. §. 1; l. 46; l. 93. pr. D. de acq. v. omit. hered. (29, 2.) Daß die Ungewißheit über die Delation auch kein Transmissionsrecht begründet, ergiebt l. 7. C. de iure delib. (6. 30.)

27) l. 9. §. 4.; l. 23. coll. l. 9. §. 1.; l. 22. D. de rebus dubiis (34, 5.). Glück Intestaterbfolge. 2te Ausg. §. 4. Thibaut Pandekten. B. 1. §. 211. Schweppe röm. Privatr. B. 1. §. 61.

Rechte aufgestellte Regel, daß, wenn es nicht klar sei, welche von zweien Personen vor oder nach der anderen verstorben ist, von denselben keiner als vor oder nach dem Andern verstorben anzusehen, hienach, und nicht etwa nach dem zufälligen Besitzstande, das Verhältniß zu reguliren, und dem, welcher ein Anderes behauptet, die Beweislast aufzuerlegen sei[28]), schlägt hier ebenfalls nicht direct ein, da die hievon in den Gesetzen vorkommenden Beispiele auch nur Fälle betreffen, in welchen beide in demselben Unfalle ihr Leben verloren haben. Allein analog muß, wie mir hiebei Mühlenbruchs Meinung überwiegende Gründe für sich zu haben, und wie das auch Thibaut anzunehmen scheint, diese Bestimmung meines Erachtens auch auf unsern Fall angewandt werden. Denn, so wie man in Betreff der **commorientes** nicht dabei stehen geblieben ist, es für gänzlich ungewiß zu erklären, ob Einer und welcher den Andern überlebt habe, was dann das practische Resultat herbei geführt haben würde, daß von Mehreren, von denen der Eine auf das längere Leben dieses, der Andere auf das jenes rechtliche Ansprüche gründet, derjenige, welcher sich zufällig im Besitz befindet, darin, aber nur so lange sein Besitz fortdauert, geschützt werden müßte; sondern, um in den mannigfaltigen Rechtsverhältnissen, die bei dem Tode einer Person entstehen, eine hier kaum zu entbehrende feste Norm zu haben, positiv angenommen hat, daß Keiner der zugleich Umgekommenen den Anderen überlebt habe; eben so muß das gleiche Bedürfniß auch in anderen Fällen der Ungewißheit über die Zeitfolge des Absterbens mehrerer Personen, zu derselben Annahme, daß keine von ihnen früher oder später als die andere verstorben sei, führen[29]).

S. 150. Wenn Mühlenbruch im Archiv f. d. civil. Praxis, B. 4. S. 397 — 408, diese Regel, gleich den übrigen in dieser Lehre, ganz allgemein auf alle Fälle, wo es ungewiß ist, ob der pubes oder impubes zuerst verstorben ist, bezogen wissen will, so stehen ihm dabei weder die Gesetze, noch die Wahrscheinlichkeit zur Seite; auch ist hiefür kein practisches Bedürfniß vorhanden, da noch immer die folgende Regel zur Aushülfe übrig bleibt.

28) l. 32. §. 14. D. de donat. int. v. et u. (24, 1.) l. 8, l. 9. §. 1, l. 16. pr. — l. 18. pr. D. de rebus dubiis (34, 5.) l. 34. D. ad SCtum. Trebell. (16, 1.) l. 26. D. de m. c. donat. (39, 6.) Thibaut a. a. O. Mühlenbruch a. a. O. S. 409 — 11. vgl. m. S. 397, 8. Abweichend ist Schweppe a. a. O. Ganz auf gleiche Weise nehmen es die germanischen Rechte. S. die vor. Abhandl. Not. 29.

29) Einiger Maaßen wird diese Ausdehnung der Vorschrift, wie das auch bereits von Mühlenbruch geltend gemacht ist, durch die l. 11. pr. D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11.) unterstützt, wo der Fall vorkömmt, daß zwei unmündige Geschwister in die Fremde gehen,

§. 10.

Ist daher von dem Verschollenen, welcher der Nächstberufene zu einer Erbschaft gewesen sein würde, bis zu dem Momente, wo die Präsumption seines Todes in Kraft tritt, keine Nachricht eingegangen, daß er noch zu einer späteren Zeit, als der Erblasser, verstorben sei, so muß es so angesehen werden, daß derselbe den Erblasser nicht überlebt habe; wovon dann ohne Weiteres das die rechtliche Folge ist, daß dem Verschollenen und dessen Successoren als solchen kein Recht auf jenen Nachlaß beigelegt werden kann, sondern daß solcher denjenigen verbleibt, oder allein verbleibt, welche nach dem Wegfall Jenes, zufolge ihres Verhältnisses zum Erblasser, das nächste oder alleinige Recht darauf besitzen[30]). Dieses Resultat ergiebt sich übrigens auch noch aus einem andern Grunde als richtig. Wenn es nämlich nach der Todeserklärung des Verschollenen gewiß geworden ist, daß derselbe nicht mehr existirt, so haben diejenigen, welche ihre Berechtigung zu der bisher noch im Zustande der Ungewißheit gebliebenen Erbschaft auf ihre eigene, nach Jenes Tode nächste Verwandtschaft mit dem Erblasser stützen, **fundatam intentionem**; und es müßten daher diejenigen, welche aus der Person des Verschollenen für sich einen Vorzug in Anspruch nähmen, immer den Beweis übernehmen, daß ihrem unmittelbaren Erblasser, dem Verschollenen, ein Recht auf jenen Nachlaß erworben worden sei, was in jedem Falle, auch da, wo derselbe ihn sofort bei der Delation **ipso iure** erworben, oder wo

---

und dort versterben, ohne daß es bekannt ist, wer von ihnen zuerst abgeschieden ist. Hier soll der Pupillar-Substitut, welchen der Vater der Unmündigen für den zuletzt Versterbenden derselben berufen hatte, zur Beerbung beider zugelassen werden, und zwar „**propter incertum conditionis**“, welcher Ausdruck, wenn man verwandte Stellen vergleicht, wohl gerade so viel sagen will, als, weil nun anzunehmen ist, daß Keiner vor dem Andern verstorben, folglich beide als **supremi morientes** anzusehen seien. — Geschwächt wird aber dieses Argument allerdings wieder dadurch, daß nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge der überlebende Bruder den zuerst verstorbenen beerbt, und daß dann der Substitut in der Erbschaft Jenes auch Dieses mit erhalten haben würde (l. 42. D. de **vulg. et pupill. substit.** 28, 6. l. 9. pr. D. de **reb. dub.**, 34, 5.), mithin der Jurist leicht geneigt sein konnte, dem Substituten in dem eingetretenen Falle, wo eine Gewißheit über die Priorität des Todes, die dem nach den Worten der Dispositionen entgegen gestanden haben würde, nicht vorhanden war, nach dem präsumptiven Willen des Vaters beide Erbschaften zuzusprechen. **Cf. Cuiacius in recit. ad Pand. ad l. 11. cit. (in Oper. Tom. 8. col. 155, 6.)**

30) So hat es namentlich auch das französische Recht vorgeschrieben. **Code civil. art. 135 — 8.** Vgl. Zachariä Handb. d. franz. Civilr. B. 1. §. 158. S. 309 — 11. **Cf. l. 7. §. 8. C. 5, 70.**

er doch nach dem Partikularrechte das ihm darauf angebotene Successionsrecht auf seine Nachfolger transmittirt hätte, die Nachweisung voraussetzte, daß derselbe den Anfall der Erbschaft erlebt habe. Denn, wenn auch das Gesetz von mehreren Concurrenten dem einen einen Vorzug vor dem andern ertheilt, und es daher über den Vorzug keines Beweises bedarf, so hat doch Jeder die Bedingungen seines Rechts zu erweisen, und kann nicht von seinem Gegner verlangen, daß dieser neben seiner eigenen Berechtigung auch noch die Negative, daß Jenem kein Recht zustehe, darthun solle [31]). Dieses Resultat steht denn auch nicht etwa mit der in der vorigen Abhandlung vertheidigten Ansicht, daß der Nachlaß des Verschollenen den s. g. Erben ex nunc gebühre, in Widerspruch, indem nun zwei verschiedene Termine für den Tod des Vermißten bestimmt würden; vielmehr folgt es gerade aus denselben Gründen, aus welchen jene andere Entscheidung abgeleitet worden ist. In dem einen, wie in dem andern Falle wird nämlich kein bestimmter Tag, wo der Verschollene verstorben sei, sondern nur eine Ungewißheit über die fortwährende Existenz desselben bis zu einer gewissen Zeit angenommen; und da nun kein Recht erworben werden kann, wenn die Bedingungen des Erwerbes nicht bestimmt nachgewiesen werden können, so folgt aus jener Ungewißheit mit gleicher Consequenz, daß der Verschollene Niemanden beerben kann, und daß vor eintretender Vermuthung des Todes Niemand ihn beerben kann. Endlich ist es auch gewiß viel natürlicher, daß die nächsten Angehörigen des Erblassers den Nachlaß bekommen, als daß diejenigen ihn erhalten, welche mit demselben vielleicht gar nicht verwandt sind, sondern nur das nächste Recht auf das Vermögen des Verschollenen, worin jene Erbschaft wenigstens actuell noch gar nicht geflossen ist, besitzen.

---

31) In einer Frankfurtischen Rechtssache, der Geschwister Wateler c. Knatz et Cons., worin die Ersteren ein ausschließliches Recht auf die 2 verschollenen Brüder von ihnen aus dem Testamente einer Sus. Mar. Kalkberner deferirten Erbportionen, als nächste Intestaterben ihrer Brüder, geltend machten, die Letzteren aber, als gleich nahe Testamentserben der Testirerin hiebei zu concurriren verlangten, erkannte eine angesehene deutsche Juristenfakultät in zweiter Instanz das Verlangen der Letzteren an sich als begründet an, und ließ den Ersteren zur Begründung ihres ausschließlichen Rechts nur den Beweis nach, daß ihre verschollenen Brüder bei dem Tode der Testirerin noch am Leben gewesen seien; indem dabei von den im Texte entwickelten beiden Grundsätzen, daß es keine Vermuthung für die Fortdauer des Lebens des Verschollenen bis zur Todeserklärung gebe, und daß die Beweislast diejenigen treffe, welche aus dem Erbrechte des Verschollenen klagten, ausgegangen wurde.

§. 11.

Stellt hingegen das Partikularrecht allgemein, auch in Beziehung auf den von einem Verschollenen zu machenden Erwerb, den Grundsatz auf, daß die Fortdauer des Lebens bei demselben bis zu einem gewissen Zeitpunkte anzunehmen sei, oder läßt sich hinterher noch beweisen, daß er bis zu einer bestimmten Zeit noch gelebt habe, so folgt dann freilich, daß Erbschaften, welche ihm vor dem Eintritte dieses Zeitpunktes deferirt werden, auch seinen Erben zufallen, insofern sie ihm dann entweder sofort ipso iure erworben sind, oder als wenigstens eine statutarische Transmission des deferirten Erbrechts auf seine Erben eintritt. Bedürfte es hingegen zum Erwerbe der Erbschaft einer Antretung, und gestattete auch das Partikularrecht ohne eine solche keine Transmission, so würden die Erben des Verschollenen dennoch in der Regel auf eine demselben deferirte Erbschaft keinen Anspruch machen können. Denn, abgesehen von dem gewiß sehr seltenen Falle, wo der Verschollene den Anfall der Erbschaft erfahren und sie selbst angetreten hat, auch solches demnächst erwiesen werden kann, so könnte die Antretung nur für ihn von einem Stellvertreter vorgenommen sein. Ein von demselben bei seiner Entfernung zurück gelassener Bevollmächtigter, und wenn es auch ein Generalbevollmächtigter wäre, hätte aber nicht die Macht hiezu, weil nach dem Civilrechte eine hereditas gar nicht durch einen Prokurator angetreten werden kann [32]), und weil das prätorische Recht, welches bei der agnitio der bonorum possessio einen Prokurator, ja selbst einen negotiorum gestor zuließ, dabei doch immer entweder eine nach dem erfahrnen Anfall der Erbschaft [33]) ausgestellten Specialvollmacht, oder eine Ratihabition der ohne solche vorgenommenen Agnition durch den Berufenen erforderte, die Ratihabition von dessen Erben aber, wenn er selbst zuvor verstorben war, ausser in einem unten näher zu erwähnenden Falle für ungenügend erklärte, weil das Erbrecht als ein höchstpersönliches nicht auf die Erben übergehe [34]).

---

32) l. 90. pr. D. de acq. v. omitt. hered. (29, 2.) l. 54. pr. D. de acq. rer. dom (41, 1.) Cuiacii observ. lib. 1. obs. 34.

33) Das sagen freilich die Gesetze nicht ausdrücklich, es folgt aber daraus, daß keine Willenserklärung der Antretung gültig ist, wenn der Erbe den Tod des Erblassers noch nicht erfahren hat. l. 19. D. de acq. vel om. hered. (29, 2.)

34) l. 86. pr. D. eod. l. 3. §. 7; l. 7. pr. D. de bon. poss. (37, 1.) l. 5. pr. D. quis ordo in possess. (38, 15.) l. 7, l. 24. pr. D. ratam rem (46, 8.) l. 5. C. mandati. (4, 35.) Cuiacius l. not. 32, cit.

§. 12.

Es bleibt mithin nur die Antretung durch einen tutor oder curator möglich, und müssen hiebei der tutor und der curator minoris von dem curator absentis unterschieden werden. Ist für den Vermißten, den das Gesetz als fortlebend ansieht, und der zur Zeit, wo ihm die Erbschaft deferirt wurde, noch impubes war, ein tutor zurückgeblieben, so würde dieser freilich nach dem römischen Rechte eine hereditatis aditio für den Pupillen nicht haben vornehmen können, da hiezu, als zu einem solemnen juristischen Akte, die persönliche Mitwirkung des Letzteren, insofern er nicht noch ein infans war, erforderlich gewesen wäre [35]), eine bonorum possessio aber könnte er selbst nach jenem Rechte für den Pupillen agnosciren [36]). Und, da nun nach heutigem Rechte es ganz ungewöhnlich ist, Unmündige unter Auctorität ihrer Vormünder selbst handeln zu lassen, vielmehr die Vormünder für sie zu handeln pflegen, und dieses in Ansehung aller Arten von Rechtsgeschäften für zulässig und ausreichend erachtet wird, so scheint das keinem Anstande zu unterliegen, daß ein eigentlicher Tutor für seinen vermißten, aber nach der gesetzlichen Präsumption noch lebenden Pflegling nach heutigem Rechte gültiger Weise eine Erbschaft erwerben könne [37]). Einiger Maaßen bedenklicher ist schon die Sache bei einem curator minoris, weil dieser, bloß auf das gemeine Recht gesehen, weder die Befugniß hat, für seinen Curanden eine hereditas anzutreten [38]), noch es ihm auch nur einmal in irgend

---

35) l. 9. D. de tutor. et curat. (26, 5.) l. 65. §. 3. D. ad SCtum Trebell. (36, 1.) l. 17. §. 1. D. de appellat. (49, 1.) l. 5, l. 18. §. 4. C. de iure deliberandi. (6, 30.) coll. l. 19. D. de auctoritate et cons. tut. (26, 8.) l. 77. D. de R. I. (50, 17.) v. Löhr im neuen Magazin f. Rechtsw. B. 1. S. 39, 42 — 44, 56 — 8. Die l. 5. cit. sagt: „Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem: sed ipsius actus et voluntas fuit necessaria. Nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere.“ Erst Theod. et Valent machten in Betreff des pupillus infans eine Ausnahme cit. l. 18. §. 2.

36) l. 11. D. de auctor et cons. (26, 8.) l. 7. §. 1. — l. 8, l. 11. D. de bon. poss. (37, 1.) l. 65. §. 3. in fin. D. ad SCtum Tertull. (36, 1.) l. 18. §. 2, 4. C. de iure del. (6, 30.). Cuiac. l. c. v. Löhr a. a. O. S. 59.

37) In vielen Partikularrechten ist die Befugniß der Vormünder, für ihre Pupillen Erbschaften anzutreten, ausdrücklich sanctionirt S. z. B. das Landr. f. Hohenlohe. II. 5. §. 2.; für Nassau-Katzenellenb. III, 11. §. 5. Frankf. Reform. VI, 1. §. 6. Preuß. Landr. I, 9. §. 390. Oesterr. Landr. §. 233, 805.

38) l. 90. pr. D. de acq. v. om. her. (29, 2.)

einer Stelle gestattet ist, für denselben eine bonorum possessio nachzusuchen, so daß der richtigeren Meinung nach die Gewalt hiezu ihm nicht beikommt [39]). Dennoch möchte sie ihm nach den heutigen Rechtsansichten beizulegen sein, weil überhaupt der Unterschied zwischen einem tutor impuberis und einem curator minoris in der jetzigen Praxis wenig oder gar nicht beachtet wird [40]), und weil wenigstens auch der Letztere alle Rechtsgeschäfte für den Curanden vornimmt, ohne daß dessen persönliche Mitwirkung dabei irgend für nothwendig erachtet würde [41]).

§. 13.

Ganz anders verhält es sich mit dem, zur Wahrnehmung der Rechte eines Verschollenen bestellten curator absentis. Sehen wir nämlich bei diesem bloß auf die Grundsätze des gemeinen Rechts, so stellt dieses einen solchen Curator in die Classe derer, qui bonis tantum dantur [42]). Ein nur für das Vermögen bestellter Curator hat aber nicht einmal hinsichtlich dieses die gleichen Administrationsrechte, wie solche anderen Curatoren zukommen, sondern nur eine custodia bonorum, d. h. er muß für die Erhaltung derselben Sorge tragen, darf aber nichts davon veräussern, ausgenommen wenn die Sachen sonst zu Grunde gehen würden [43]). Im Uebrigen vertritt er durchaus nicht den Willen desjenigen, dessen Ver-

---

39 Cuiacii Quaest. Papin. lib. 15. ad l. 1; D. de bon. poss. fur. comp. (in Oper. Tom. 4. col. 392, 409 sq.

40) Mehrere Rechte erklären solchen Unterschied, den das germanische Recht beim mundio nicht machte, ausdrücklich für unpraktisch (z. B. Hohenl. Landr. Th. 2. Tit. 1. §. 3. Fränk. L. G. Ordn. Th. 3. Tit. 2. §. 5.), andere übergehen ihn wenigstens, und heben ihn dadurch stillschweigend auf, und wo man ihn auch in manche Statuten aus dem röm. Rechte dem Namen nach herüber genommen hat, sind ihm doch die in diesem letzteren damit verbundenen practischen Folgen nicht beigelegt.

41) So stellen denn auch die Not. 37. angeführten Partikularrechte den Curator der Minderjährigen dem Vormunde in der Befugniß der Erbschaftsantretung für den Pflegling gleich.

42) l. 15. pr. D. ex quibus causis mai. (4, 6.) l. 6. §. 4. D. de tutelis. (26, 1.) l. 6. §. 2. D. quibus ex causis in poss. (42, 4.) l. 1. §. 4. D. de muneribus. (50, 4.) l. 3. C. de postliminio. (8, 51.) coll. l. 22. §. 1. D. de reb. auct. iud. poss. (42, 5.)

43) l. 48. D. de administr. et periculo. (26, 7.) l. 1. §. 21. D. de ventre in poss. mitt. (37, 9.) l. 1. §. 4. D. de muneribus. (50, 4.) Faber iurisprud. Papin. tit. 12. prin. 2. Montanus de tutelis cap. 28. nr. 82, 83. Finestres ad Hermogen. lib. 2. ad l. 48. cit. §. 5, 6.

mögen zu erhalten er berufen ist, macht diesen bei abzuschließenden Rechtsgeschäften nicht entbehrlich, und hindert ihn auf keine Weise, für sich allein mit völliger Gültigkeit zu handeln. Also kann bei ihm noch viel weniger, als bei dem Curator eines Minderjährigen, dessen Zustimmung zum Rechtsbestande des Aktes unentbehrlich ist, die Rede davon sein, daß er für den Anwesenden eine Erbschaft antreten dürfe; indem da, wo eine eines Willensaktes fähige Person nur überhaupt vorhanden ist, selbst das prätorische Recht deren Zustimmung oder zeitige Ratihabition zu der von einem Anderen für sie vorgenommenen Erbschafts-Antretung erforderte, mithin diesen Akt als ein Rechtsgeschäft ansah, was ohne die eigene specielle Willensbestimmung des Berechtigten nicht zu Stande kommen könne. Daß diese letztere Ansicht auch in den neuesten Zeiten des römischen Rechts noch vollkommen beibehalten ist, darüber liefert die Verordnung Justinians in Betreff der einem Wahnsinnigen deferirten Erbschaft einen völlig entscheidenden Beweis. Während nämlich unter den älteren Juristen einige es für statthaft erklärten, daß der Curator des Wahnsinnigen für denselben mittelst der Nachsuchung einer **bonorum possessio** die Erbschaft definitiv erwerbe, andere dagegen dieses für unstatthaft erachteten und dem Curator nur einen interimistischen Besitz und eine Verwaltung der Erbschaft ertheilten, bis daß der Wahnsinnige sich nach seiner Heilung oder in einem hellen Augenblicke über die Antretung selbst erklärte, und wenn bis zum Tode desselben eine solche Erklärung nicht erfolgt war, die Erbschaft denjenigen zusprachen, welche, nachdem der Wahnsinnige nunmehr weggefallen war, dazu berufen erschienen; so entschied Justinian sich für diese letztere Ansicht [44]). Ward nun sogar bei einem Wahnsinnigen, den die Juristen einem Unmündigen verglichen [45]), die eigene Erklärung zum Erwerb der Erbschaft für unerläßlich erklärt, so läßt sich selbst nach dem neuesten römischen Rechte nicht daran zweifeln, daß der Curator eines Abwesenden zur Agnition einer **bonorum possessio** für denselben nicht zugelassen worden sei.

§. 14.

Wenn man nun gleichwohl nach der heutigen Praxis ein Anderes behauptet, und dem Curator des Abwesenden die Befugniß

---

44) l. 7. §. 3, 7, 8. C. de curatore furiosi. (5, 70.) coll. I, 1. in fin. D. de bon. poss. fur. (37, 3.) v. Löhr a. a. O. S. 59 — 63.

45) l. 7. §. 11. D. quib. ex caus. in poss. (42, 4.) . . quia hominis eius (h. furiosi) status et habitus a pupilli conditione non multum abhorret. . .

vindicirt, für denselben eine Erbschaft anzutreten; so möchte hiebei unbedenklich so viel einzuräumen sein, daß ein solcher Curator die dem Abwesenden angefallene Erbschaft interimistisch in Besitz und Verwaltung nehmen darf, bis es klar wird, ob der Vermißte nicht etwa noch lebt, zurückkehrt, und selbst den Nachlaß erwirbt. Hiefür spricht die Analogie dessen, was bei dem furiosus, den die Gesetze manchmal mit dem Abwesenden vergleichen [46]), Rechtens ist; und zieht man heute zu Tage überhaupt die Anordnung einer Curatel der Bestellung von Cautionen, die man sich etwa von dem eventuell oder bedingt Berechtigten, hier von dem nächstfolgenden Erben, bestellen lassen könnte, vor. Erweitert man aber die Behauptung dahin, daß der Curator für den Verschollenen sofort definitiv die Erbschaft erwerben könne, und daß solcher Erwerb Gültigkeit habe, auch wenn der Abwesende solchen Erwerb nicht erfahren und ratihabirt hat, so lassen sich hiefür keine genügende Gründe auffinden. Es läßt sich zuvörderst nicht annehmen, daß nach heutigem Rechte der **curator absentis** mehr als ein bloßer **curator bonis datus** sei [47]), und daß er ausgedehntere Befugnisse, als bloße Administrationsrechte, besitze [48]). Sodann liegt auch in unseren heutigen Instituten nichts, woraus sich eine Veränderung der rechtlichen Ansicht über den Punkt, daß die Erwerbung einer Erbschaft die eigene specielle Zustimmung des großjährigen Erben erfordere, ableiten ließe. Auch haben die Schriftsteller, die das Gegentheil behaupten, diese Behauptung nicht auf eigenthümliche Verhältnisse der jetzigen Zeit, sondern auf die Grundsätze der römischen **bonorum possessio**, welche von dem Curator habe nachgesucht werden können, mithin auf unrichtige theoretische Annahmen gestützt.

§. 15.

Eher könnte man sich darauf berufen, daß nach Einführung des beneficii inventarii, es völlig unbedenklich erscheine, einen Curator Erbschaften für seinen Curanden erwerben zu lassen, wenn

---

46) Z. B. l. 2. §. 3. D. de iure codicill. (29, 7.) l. 124. §. 1. D. de R. I. (50, 17.)

47) Hofacker principia. Tom. 1. §. 707, 8; der ihn hiebei zwar dem curator minoris vergleicht, allein nur in Ansehung der Administrationsbefugnisse, und der auch dem cur. minoris nicht die gleichen Rechte, wie dem tutor beilegt. Thibaut Pandekten. B. 1. §. 509 a. E., 532, nr. 4.

48) Vgl. dagegen z. B. den Cod. Bavar. civ. P. 1. cap. 7. §. 39. nr. 4; und die sächs. allgem. Vorm-Ordn. v. 1782. Kap. 25. §. 7. bei Haubold im Handbuche §. 148.

er dieselbe nur cum inventario antrete, und daß man deshalb diesen Akt nun nicht mehr als einen solchen ansehen könne, wozu die specielle Willensbestimmung des Erben unerläßlich sei. Allein die Gefahr, welcher die Annahme einer überschuldeten Erbschaft den Erben aussetzt, ist keineswegs der einzige Grund, weshalb hiezu die eigene Zustimmung des Letzteren erfordert worden ist[49]), wie sich das schon daraus ergiebt, daß Justinian nach Einführung des beneficii inventarii an den Grundsätzen des älteren Rechtes in der Hinsicht nichts geändert hat. Aber auch in der Fortbildung des Rechts durch die Praxis hat sich eine solche Aenderung nicht ereignet, vielmehr werden namentlich die Grundsätze, welche das römische Recht über die einem Wahnsinnigen deferirte Erbschaft aufstellt, fortwährend als gültig behandelt[50]), und doch hätte man gerade diese nothwendig verlassen, und dessen Curator das Recht der definitiven Erbschaftsantretung mit am ersten ertheilen müssen, wenn man heute zu Tage alle Curatoren als berechtigt ansähe, für ihre Curanden einseitig einen Nachlaß definitiv zu erwerben. —

§. 16.

Freilich legen einige neuere Gesetze dem Curator des Verschollenen ausdrücklich diese Befugniß bei[51]); allein es erscheint schon an sich sehr bedenklich, aus solchen singulären Bestimmungen einiger weniger Partikularrechte eine allgemeine Regel abstrahiren zu wollen. Zudem hat aber auch diese Bestimmung im preußischen und im hamburgischen Rechte eigenthümliche, anderswo nicht zutreffende Gründe, welche eine solche Bestimmung dort als angemessen erscheinen lassen. Beide Rechte gehen von der Präsumption aus, daß der Verschollene bis zu einer gewissen Zeit fortlebe[52]), und beide Rechte lassen bei einer angefallenen Erbschaft ein unbedingtes Transmissionsrecht zu[53]), und kommt dadurch die Sache fast in dieselbe Lage, als wenn dem Abwesenden der deferirte Nachlaß schon ipso iure erworben wäre. Hier war es also viel unbedenklicher den Curator zur Supplirung dessen, was am sofortigen vollständigen Erwerbe annoch fehlte, zu authorisiren, als dieses anders-

---

49) S. z. B. l. 4. D. ad SCtum Trebell. (36, 1.)

50) Lauterbach colleg. lib. 37. tit. 3. §. 1. Hofacker princip. Tom. 2. §. 1443. Thibaut a. a. O. B. 2. §. 718. Schweppe röm. Privatr. §. 845.

51) Preuß. Landr. I, 9. §. 465—69. Lübische Verordn. v. 30sten Dec. 1829. §. 12. Vgl. Not. 2.

52) S. oben Not. 8.

53) S. die vor. Abhandl. Not. 25.

wo der Fall ſein würde, wo keine geſetzliche Präſumption des Fortlebens beſteht, und wo in unſerm Falle keine Transmiſſion der Erbſchaft auf die Erben des Verſchollenen eintreten könnte. Denn die ſ. g. **transmissio ex capite restitutionis in integrum**, von welcher Manche hier haben Gebrauch machen wollen, wird, da ſie nur auf den Fall geht, wo der berufene Erbe in Staatsangelegenheiten abweſend war[54]), hier ſelten oder nie Anwendung finden können. Dieſe Grundſätze befolgte das Oberappellationsgericht bei ſeinem Erkenntniſſe vom 19ten Nov. 1825, in der Note 31 angeführten Rechtsſache der Geſchwiſter **Wateler** c. **Knatz et Conſ.**

XIV.

Von weiblichen Interceſſionen aus Freigebigkeit.

§. 1.

So unbeſtritten und nach den Geſetzen unbeſtreitbar es iſt, daß ein Frauenzimmer, welches für einen Andern aus Freigebigkeit eine Schuld wirklich bezahlt, dieſes unbeſchadet des **SCti Velleiani** mit Rechtsbeſtand thun kann, ſo ſind die Juriſten doch darüber keineswegeſ einig, ob auch eine mit der Abſicht zu ſchenken vorgenommene Verbürgung oder ſonſtige Interceſſionen für eine fremde Verpflichtung zu den unter jenes Senatusconſult fallenden Rechtsgeſchäften nicht zu zählen ſei. Die genauere Erörterung dieſer Frage erſcheint aber als nicht unwichtig, da die Beantwortung derſelben nur durch die ſcharfe Feſtſtellung des Grundprinzips der Lehre

---

*) Juriſtiſche Abhandlungen von **Heiſſe** und **Cropp** B. II. S. 175 — 182.

54) l. 86. pr. coll. l. 30. D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2.) l. 1. C. de restit. milit. (2, 51.) **Cuiacius** respons. Papin. lib. 6. ad l. 86. cit. (in Oper. Tom. 4. sect. 2. col. 259 — 61.) **Faber** coniect. lib. 14. cap. 1. **Merenda** controv. iuris. l. 4. c. 12. **Sande** Decis. Fris. lib. 4. tit. 9. def. 1. G. L. Böhmer Rechtsfälle Th. 2. Resp. 127. nr. 23, 24. Thibaut Verſuche. B. 2. Abhandl. 7. S. 162, 3. Ausg. 2. Schweppe a. a. O. §. 877. nr. 1. a.

möglich wird, dadurch aber immer auch in anderen Beziehungen für die Sicherheit in der practiſchen Anwendung derſelben gewonnen wird. Geht man nämlich mit Weber[1]), der wohl als der Repräſentant der einen Meinung genannt werden kann, davon aus, das Velleianiſche Senatusconſult habe deshalb die Interceſſionen der Frauenzimmer für unverbindlich erklärt, weil ſie aus gutmüthigem Vertrauen auf die Redlichkeit des Hauptſchuldners ſich leicht zur Uebernahme fremder Verbindlichkeiten verleiten ließen, und um ſie vor einem eigentlich gar nicht befürchteten Schaden zu bewahren; ſo muß man es allerdings für ein erlaubtes und gültiges Rechtsgeſchäft halten, wenn ſie aus Liberalität gegen den eigentlichen Schuldner, donandi animo, die künftige Erfüllung von deſſen Schuld übernehmen, weil es hier von Anfang an in der Abſicht der Frau gelegen hat, eine Aufopferung von dem Ihrigen zu bewilligen; ſie alſo bei der demnächſtigen Zahlung keinen unerwarteten und keinen nicht von Anfange an beabſichtigten Verluſt leidet[2]).

§. 2.

Müßte man hingegen die Veranlaſſung des Senatusconſults darin ſuchen, daß von den Geſetzgebern angenommen wurde, der Sinn für Sparſamkeit halte die Weiber zwar genügend ab, für Andere ohne gehörige Veranlaſſung zu zahlen, aber ihre Gutmüthigkeit verleite ſie leicht, die künftige Erfüllung fremder Verbindlichkeiten auf eine ſie drückende Weiſe anzugeloben, und daß der Zweck der Verordnung gerade dahin gegangen ſei, ſie vor den Nachtheilen ſolcher leichtſinniger Weiſe übernommener, künftig zu erfüllender Verpflichtungen zu bewahren; ſo wird man es auch nach dem Geiſte des Senatsconſults ebenfalls für eine unverbindliche Interceſſion halten müſſen, wenn das Frauenzimmer in der Abſicht, dem bisherigen Schuldner eine Liberalität zu erweiſen, deſſen Schuld übernimmt. Denn, wenn es auch weniger zu beſorgen iſt, daß Frauenzimmer aus Leichtſinn die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten, wofür ſie auf Erſatz keinen Anſpruch machen, übernehmen, als daß ſie dieſes thun werden, wenn ſie noch hoffen,

---

1) In den Beiträgen z. d. Lehre von Klagen und Einreden. St. 1. Nr. 3.

2) Dieſe Anſicht hegen namentlich auch Suſe (D. de iure singulari feminae interc. P. 1. Goetting. 1803. 4. §. 1.), der ſchon den Begriff der Interceſſion darin ſetzt, es ſei „obligationis alienae susceptio, sub spe indemnitatis facta;“ und Glück Erläuter. d. Pandekten. Th. 14. S. 451.

daß der Hauptſchuldner ſelbſt erfüllen, oder doch wenigſtens erwarten, daß er ihnen das für ihn Ausgelegte demnächſt erſtatten ſolle; ſo lehrt doch die Erfahrung, daß man ſich wohl willfährig finden läßt, künftige Schenkungen zu verheißen, die man ſicher nicht machen würde, wenn man das Geſchenkte ſofort hingeben ſollte. Iſt daher die ratio legis die zuletzt angegebene, ſo tritt dieſelbe bei Interceſſionen aus Lieberalität zwar in verminderter Maaße, als bei Interceſſionen anderer Art ein, ſie fällt aber doch bei Erſteren keinesweges ganz weg, und es iſt daher kein Grund vorhanden, die geſetzliche Vorſchrift bei ihnen für unanwendbar zu erklären.

§. 3.

Sehen wir nun bei der Sache zuvörderſt auf die Worte des Senatusconſults, ſo ſind dieſe ſo allgemein gefaßt, daß Interceſſionen aus Freigebigkeit von der Diſpoſition deſſelben nicht ausgeſchloſſen angeſehen werden können. Denn der Vortrag der Conſulen erſtreckte ſich hienach ohne Unterſchied auf die Verpflichtungen der Weiber, die für Andere ſich zu Schuldnerinnen conſtituirten, und ging der Antrag ſo wie der Beſchluß dahin, die Verbürgungen und die Verpflichtungen derſelben für die von Dritten aufgenommenen Anleihen für unklagbar und für unverbündlich zu erklären [3]). Unterliegt es nun aber keinem Zweifel, daß ſelbſt eine ſolche Interceſſion, wobei man, ohne Erſatz zu begehren, für den Schuldner die Verbindlichkeit übernimmt, zwar in dieſer letztern Hinſicht die Natur einer Schenkung annimmt, daneben aber doch zugleich noch die Natur einer wahren Interceſſion beibehält; ſo kann jene concurrirende Eigenſchaft es an ſich doch keinesweges bewirken, daß in einem ſolchen Falle die allgemein für Interceſſionen erlaſſenen Vorſchriften als unanwendbar zu betrachten ſind. Vielmehr muß ein ſolches gemiſchtes Rechtsgeſchäft in Betreff der Requiſite ſeiner Gültigkeit, ſowohl nach den Grundſätzen, die bei Schenkungen, als nach denen, die bei Interceſſionen gelten, beurtheilt werden; obgleich die rechtlichen Folgen deſſelben ſich dadurch in ſoweit modificiren, als dieſe andere bei der Schenkung wie bei der gewöhnlichen Interceſſion ſind [4]).

---

3) l. 2. §. 1. coll. §. 4. D. ad SCtum Velleian. (16, 1.)

4) So laſſen namentlich die Geſetze in dieſem Falle die Regreßklage des Intercedenten gegen den Hauptſchuldner wegen des animus donandi wegfallen; und hören ihn daher auch nicht mit Einreden gegen den Gläubiger, die dem Hauptſchuldner ſelbſt, aus perſönlicher Begünſtigung gegen den Letzteren zugeſtanden haben würden, l. 9. §. 3. D. ad SCtum Macedon. (14, 6.) coll. l. 25. D. de fideiuss. (46, 1.); im Uebrigen aber wird das Geſchäft noch als eine Interceſſion behandelt.

§. 4.

Ziehen wir ferner die Geſetze in Betracht, welche die vorliegende Frage direct berühren[5]), ſo führen dieſe ganz zu demſelben Reſultate. In der l. 4. D. ad SCtum Velleian. erörtert Ulpian zuvörderſt im pr. einen nicht hieher gehörigen Fall, wo das Senatusconſult keine Anwendung finde, und fährt dann im §. 1. ſo fort:

> **Proinde, si (h. mulier) dum vult Titio donatum, accepit a me mutuam pecuniam, et eam Titio donavit, cessat Senatusconsultum. Sed et si tibi donatura, creditori tuo numos numeravit, non intercedit: Senatus enim obligatae mulieri succurrere voluit non donanti: Hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat.**

Der erſte hier erwähnte Fall, wo das Frauenzimmer ein Anleihen aufnimmt, um mit dem Angeliehenen dem Titius ein Geſchenk zu machen, gehört nicht unter das Senatusconſult, weil, wie das auch aus anderen Stellen hervorgeht[6]), es dem Weibe unverwehrt ſein ſoll, ſich aus einem ſelbſtſtändigen Geſchäfte zu verpflichten, wenn ſie auch daſſelbe bloß zu dem Zwecke eingehen ſollte, um ſich dadurch die Mittel, einem Anderen eine Schenkung oder ein Darlehn geben zu können, zu verſchaffen. Und, wenn gleich gegen ein ſolches Geſchäft das Bedenken erhoben werden könnte, daß ſie ſich dadurch noch ſtrenger und unter der gleichen Gefahr verpflichtet, als wenn ſie die beiden Andern das Geſchäft unter ſich abſchließen ließe, und ſich bloß dafür verbürgte, ſo war es doch nicht unter das Verbot der weiblichen Interceſſionen zu ziehen, weil man einerſeits von dem, der mit der Frau als ſeiner eigentlichen, nicht als einer bloß vorgeſchobenen, Gläubigerin contrahirt, nicht verlangen kann, daß er darauf ſehe, was ſie mit dem dargeliehenen Gelde zu beginnen gedenkt[7]), und weil andererſeits das Wiederweggeben des bereits wirklich in das Vermögen der Frau gefloſſenen fremden Geldes, als eine ſofortige Verringerung ihres eigenen Vermögens, von ihr viel weniger leicht vorgenommen werden wird, als wenn das Geld gar nicht durch ihre Hände geht, ſondern von dem Darleiher direct, bloß unter ihrer Bürgſchaft, an den Dritten hingegeben wird.

§. 5.

Auch der zweite in der Stelle erwähnte Fall, wenn das Frauen=

5) l. 4. §. 1.; l. 21. §. 1. D. ad SCtum Velleian. (16, 1.)
6) z. B. aus l. 13. C. eod. (4, 29.)
7) l. 4. pr., l. 12. coll. l. 8. §. 14. D, eod.

zimmer aus Liberalität für den Schuldner ſofort wirkliche Zahlung leiſtet, gehört, da Zahlen kein Intercediren iſt, nicht in das Gebiet der Interceſſionen; und würde man daraus wohl ſchwerlich auf die Gültigkeit von intercessiones donandi animo factae geſchloſſen haben, wenn nicht in dem hinzugefügten Entſcheidungsgrunde Schenkungen, die ein Frauenzimmer macht, allgemein für rechtsgültig erklärt wären, Schenkungen aber, wenn man ſelbſt von dem neueſten römiſchen Rechte, welches bekanntlich die Einklagung bloß verſprochener Geſchenke geſtattet, abſieht, auch auf andere Weiſe als durch actuelle Uebergabe des Geſchenkes, namentlich durch Expromiſſion, vollzogen werden können[8]). — Allein dieſes Argument verliert dadurch alle Kraft, daß zur Zeit des Pandektenrechts die Uebergabe des Geſchenkes es war, wodurch die Schenkung eigentlich ihre Perfection erlangte, und andere Formen als bloßes Surrogat der Tradition angeſehen wurden[9]); ſo daß, wenn ſchlechthin von einem donare geredet wird, an ein wirkliches Hingeben der Sache als Geſchenk zu denken iſt. Und daß auch Ulpian in unſerer Stelle das Wort gerade in dieſem Sinne genommen hat, ergiebt ſich klar daraus, daß er der donanti mulieri die obligata, dem donare das se obligare entgegengeſetzt. Denn, da obligari hier, wo von Interceſſionen, bei welchen doch nur eine einſeitige Verpflichtung des Intercedenten eintritt, die Rede iſt, nicht von dem Eingehen einer zweiſeitigen Verbindlichkeit verſtanden werden kann, wie es ſonſt bisweilen geſagt wird, ſo kann es nur von der Uebernahme einer Verpflichtung, künftig etwas leiſten zu wollen, und das im Gegenſatze davon genannte donare von einer ſofortigen Leiſtung verbunden werden.

§. 6.

Mehr Zweifel erregt auf den erſten Blick die zweite Stelle, worin Calliſtratus von dem Weibe ſagt:

> Item si quid liberaliter fecerit, veluti ne iudicatus pater eius propter solutionem vexetur, non erit tuta Senatusconsulto: oneribus enim earum senatus succurrit[10]):

indem die Worte: liberaliter aliquid facere auch den Fall eines Verſprechens aus Liberalität mit zu begreifen ſcheinen. Indem jedoch auch in dieſer Stelle die von dem Frauenzimmer für einen Anderen übernommenen onera, worunter nur eingegangene Ver-

---

8) Z. B. l. 2. §. 1, 2. D. de donat. (39, 5.)

9) l. 1. pr. D. eod.

10) l. 21. §. 1. D. ad SCtum Velleian. (16, 1.)

pflichtungen verſtanden werden können, dem liberaliter factum entgegen geſetzt werden, erhellt es mit völliger Evidenz, daß unter dem Letzteren nur eine bereits vollzogene Liberalität verſtanden werden kann. So nehmen es auch die Baſiliken [11]), die Gloſſe [12]), und mehrere Ausleger der Stelle [13]). Dieſes Reſultat entſpricht denn auch der allgemeinen Regel des Senatusconſults, welches nach der Anſicht der römiſchen Juriſten dem Frauenzimmer zwar ſofortige Zahlungen für einen Dritten geſtattet, es aber uneingeſchränkt für unverbindlich erklärt, wenn daſſelbe bloß die künftige Erfüllung fremder Verbindlichkeiten verheißen hat [14]). Wird nun in den beiden ſo eben erläuterten Stellen bei Liberalitäten, welche das Frauenzimmer ausgeübt hat, ausdrücklich auf jene Regel hingewieſen, und zwiſchen Uebernahme einer obligatio und Zahlung für einen Dritten unterſchieden, ſo beweiſt dieſes gerade, daß auch bei Liberalitäten jener Unterſchied zur Anwendung komme, und das Weib zur Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit auch aus Liberalität auf eine ſie vinculirende Weiſe nicht zugelaſſen werden, ſondern es ihr auch hier nur geſtattet ſein ſoll, für den Dritten ſofort Zahlung zu leiſten. Dieſes nehmen denn auch nicht nur faſt alle Juriſten dadurch ſtillſchweigend an, daß ſie die Interceſſionen aus Liberalität nicht unter den vom Senatusconſult ausgenommenen Fällen aufzählen, ſondern es erklären ſich Mehrere ſogar ausdrücklich gegen eine ſolche Ausnahme [15]). Nach dieſem Grundſatze erkannte denn auch das Oberappellationsgericht am 21ſten Julius 1828 J. S. Paarmann c. Schwemm.

---

11) In den Basilic. Tom. 4. pag. 195 wird der betreffende Theil der l. 21. cit. ſo vertirt: *ὥσπερ ὅτε καὶ καταβάλῃ φιλοτίμως ὑπὲρ τοῦ πατρος αὐτῆς καταδικασθέντος, ἵνα μὴ καταποιηθῇ ἐπὶ τῃ καταβολῇ, ᾗ κέχρηται τῳ δόγματι.*

12) Glossa ad l. 21. §. 1. cit.

13) Faber rationalia ad ff. ad l. 21. §. 1. cit. Meier collegium argentorat. lib. 16. tit. 1. §. 5. nr. IX.

14) l. 8. §. 5. D. ed SCtum Velleian. (16, 1.)

15) z. B. Faber l. not. 13. cit.; und Thibaut Syſtem der Pandekten B. 2. §. 947 lit. D.

XV.

Ueber die Ansprüche der Erbschafts-Gläubiger an abgefundene Kinder. *)

§. 1.

Es ist nicht ungewöhnlich, daß Aeltern noch bei ihren Lebzeiten einzelne von ihren Kindern von ihrem Vermögen abfinden. Ganz besonders häufig aber wird eine solche Abfindung dann vorgenommen, wenn nach dem Tode des einen Ehegatten der Ueberlebende bisher im Besitze und Genusse des Sammtgutes geblieben ist, jetzt aber die Eingehung einer zweiten Ehe beabsichtigt, und nunmehr wünscht, daß die Kinder erster Ehe keine Ansprüche weiter auf die in der zweiten Ehe sich bildende neue Vermögensmasse haben, sondern daß diese dem neuen Ehegatten und den in der Ehe mit diesem zu erwartenden Kindern ausschließlich verbleiben soll [1]). In gar manchen Partikularrechten ist es für diesen letzteren Fall, besonders wenn die Wittwe zur zweiten Ehe schreitet, sogar gesetzlich vorgeschrieben, daß mit den Kindern erster Ehe entweder rücksichtlich des gesammten älterlichen Vermögens, oder doch rücksichtlich desjenigen Vermögens, was von dem vorverstorbenen Ehegatten herrührt, abgetheilt werden muß [2]). Bei einer solchen vorgenommenen Abschichtung der Kinder ist man nun darüber einverstanden, daß, abgesehen von besonderen Anfechtungsgründen des Geschäftes, das abgefundene Kind keine weiteren Ansprüche mehr auf denjenigen Nachlaß oder auf dasjenige Vermögen geltend machen kann,

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp II. B. S. 264 — 280.

1) Eichhorn deutsches Priv. Recht. §. 317. Mittermaier deutscher Priv. Recht. §. 355.

2) S. z. B. d. lüb. Recht II, 2. Art. 5, 8, 21, 29. Hamburg. Statut. III, 3. Art. 3 — 7. Brem. Statut. Stat. 7, 8. Kundige Rulle v. J. 1489. Art. 60. (Oelrichs Samml. d. Brem. Gesetzb. S. 451, 2; 667.) Vgl. auch Mittermaier a. a. O. §. 355. Not. 4 u. 5.

von welchem es sich hat abfinden lassen [3]), insofern nur bei dem demnächstigen Absterben des abfindenden Vaters oder der abfindenden Mutter unabgefundene Kinder, oder solche anderweitige Erbschaftsberechtigte vorhanden sind, zu deren Gunsten die abgefundenen Kinder ihren weiteren Ansprüchen auf den Nachlaß zu entsagen gemeint gewesen waren [4]). Freilich würde der mit einer solchen Abfindung verbundene Erbverzicht nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes dann nicht gültig sein, wenn die Abfindung von einer noch nicht deferirten Erbschaft vorgenommen wäre, weil man einer Erbschaft vor ihrem Anfalle nach diesem Rechte nicht gültig entsagen kann [5]); allein schon durch das canonische Recht sind diese Grundsätze dahin modificirt, daß ein beschworner Verzicht auf eine künftige Erbschaft als gültig angesehen wird [6]);

---

3) Lüb. Recht II, 2. Art. 6, 16, 28, 33, 34. Hamburg. Statut. III, 3. Art. 2, 7. Preuß. Landr. II, 2. §. 373, 4; 377.

4) Lüb. Recht II, 2. Art. 5. a. E., 23. Hamb. Stat. III, 3. Art. 2. verbis: mit andern ihren Brudern und Schwestern Brem. Statut. Art. 9. (Oelrichs. S. 453.) Preuß. Landr. II, 2. §. 375. Daß die abgefundenen Kinder in dem im Texte erwähnten Falle annoch ein Intestaterbrecht haben, läßt sich meines Erachtens nicht bezweifeln. Bedenklicher sieht es mir mit der auch von Mittermaier a. a. O. adoptirten Meinung Runde's im deutschen Privatr. §. 608. b Not. aa. aus, wonach den abgefundenen Kindern auch noch ein Recht auf den Pflichttheil und auf die nothwendige Erbeseinsetzung zustehen soll. Denn auf das nomen heredis wird im deutschen Rechte gar kein, und nach der heutigen Praxis jedenfalls nur ein sehr geringes Gewicht gelegt und in den Pflichttheil müßte doch immer die früher erhaltene Abfindung eingerechnet werden, da diese als Erbtheil gegeben ist. Auch läßt sich in beider Beziehung gewiß mit großem Scheine sagen, daß, wenn der Verzicht nicht ausdrücklich nur zu Gunsten gewisser Personen geleistet ist, was bei Abfindungen nicht zu geschehen pflegt, zunächst dem Erblasser selbst, der abgefunden hat, daraus gegen den Abgefundenen ein Recht erwächst, so daß er bei der Disposition über seinen Nachlaß auf denselben keine Rücksicht zu nehmen braucht; und könnten dann dessen etwaige Vertrags- oder Testaments-Erben wohl dieses Recht des Testirers gegen die Erbansprüche der Abgefundenen geltend machen. So bestimmen es auch bekanntlich manche germanische Rechte. S. z. B. die Brem. Statut. Stat. 11. (Oelrichs. S. 454.)

5) l. 13. §. 1; l. 23. D. de acq. v. omitt. hered. (29, 2.) Die l. 94. eod. sagt ausdrücklich: Qui superstitis bona repudiat, post mortem eius adire hereditatem, item bonorum possessionem petere non prohibetur.

6) c. 2. de pactis in 6to. (1, 18.): Quamvis pactum, patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis, si tamen iuramento, non vi, non dolo praestito, firmatum fuerit ab eadem; omnino servari debebit: cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum. —

und noch viel weiter gehen die Partikularrechte und die Praxis, welche, besonders in dem Verhältnisse zwischen Aeltern und Kindern, die mit Abfindungen verbundenen Verzichte auf den künftigen Nachlaß einer noch lebenden Person, auch ohne eidliche Bestärkung, man kann wohl sagen überall für rechtsgültig erklären [7]). Diese rechtliche Seite einer Abfindung, der Einfluß, den dieselbe auf die Berechtigung der Abgefundenen zu der Erbschaft und auf die Verpflichtungen des Erblassers hinsichtlich seines Nachlasses gegen die Abgefundenen hat, ist schon vielfach von Andern erörtert worden [8]).

§. 2.

Dagegen aber scheint es noch an einer Entwickelung der Rechtsverhältnisse zu fehlen, in welchen die abgefundenen Kinder zu den Gläubigern der Erbschaft, von welcher sie abgefunden sind, stehen. Es dürfte hiebei, um von vorne herein auf das practische Interesse der Frage aufmerksam zu machen, nicht unangemessen sein, einen bei dem Oberappellations-Gerichte vorgekommenen Rechtsfall, wobei der Punkt recht eigentlich zur Sprache kam, an die Spitze zu stellen, und wird sich die Erörterung der Sache an die Beurtheilung dieses Falles füglich anschließen lassen. — Ein Bürger in Frankfurt, Namens Buhs, hatte während seiner ersten Ehe, woraus drei Töchter vorhanden waren, gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau eine bedeutende Liegenschaft angekauft, darauf aber nur ein geringes Capital abgetragen, und hatten beide Eheleute, indem die Ehefrau auch noch obendrein ihren weiblichen Gerechtsamen in bündiger Form entsagte, dem Verkäufer über den Rest des Kaufschillings eine Verschreibung ausgestellt, und ihm dafür zugleich das angekaufte Grundstück verhypothecirt. Nach den Grundsätzen des Frankfurtischen Rechtes gehörte dieses Grundstück zur ehelichen Errungenschaft [9]), so wie die rückständige Kaufsumme zu den auf

---

7) Sachs. Sp. 1, 13. . . . . „hatten si aber ir erbe teylunge daran verlobt der suln sie entberen. . . . . Schwab. Sp. Kap. 284. v. Sydow Darstell. d. Grundsätze d. Erbrechts nach d. Sachsensp. S. 309, 10. Vgl. Not. 2 u. 3. Preuß. Landr. I, 12. §. 649, 650, 655; II, 2. §. 368.

8) S. d. Literatur bei Runde a. a. O. §. 608. b. Not. b.; und bei Mittermaier a. a. O.

9) „Wenn zwey Ehegemaheln in stehender Ehe einig liegend Gut mit einander kauffen, das soll ihnen gemein seyn, derwegen auch die Wehrschafft ihnen beyden samptlich in unser Cantzley geschehen." Frankf. Reformat. III, 6. §. 1. coll. II, 3. §. 15; V, 5. §. 2, 8.

der Errungenschaft haftenden Schulden[10]). Bei der Auflösung einer beerbten Ehe fällt, soviel die Errungenschaft betrifft, die Hälfte derselben, als Nachlaß des verstorbenen Ehegatten, dem Eigenthum nach sofort den Kindern aus dieser Ehe zu, während der überlebende Ehegatte, selbst wenn er zur zweiten Ehe schreitet, daran den lebenslänglichen Nießbrauch behält[11]). Die erste Ehefrau des Buhs verstarb, und schritt derselbe bald darauf zu einer zweiten Ehe, in welcher ihm noch zwei Töchter geboren wurden. Im Jahre 1826 schloß nun der Vater mit seinen drei Töchtern erster Ehe einen von Letzteren eidlich bestärkten Vertrag folgenden Inhalts. Nachdem der Betrag der mütterlichen und der dereinst zu erwartenden väterlichen Erbschaft dieser Kinder ausgemittelt, und das, was dieselben an Conferendis bereits erhalten hatten, festgesetzt war, so gab der Vater, unter Verzichtleistung auf sein ferneres Nutznießungsrecht an dem mütterlichen Vermögen der Vorkinder, denselben dasjenige in Obligationen auf dritte heraus, was ihnen nach jener Berechnung von wegen des Mütterlichen und Väterlichen annoch gebührte. Die drei Töchter quittirten über die empfangene Nachzahlung und erklärten, daß sie dadurch nicht nur wegen ihres, dem Eigenthume nach ihnen bereits angefallenen mütterlichen Vermögens, sondern auch wegen ihrer Antheile an dem dereinstigen väterlichen Nachlasse vollständig befriedigt seien; daß sie demnach auf alle ferneren An- und Nachforderungen dieserhalb verzichteten, und es vielmehr geschehen lassen könnten und wollten, daß nach dem Hinscheiden ihres Vaters dessen ganze Verlassenschaft der Wittwe und den Kindern zweiter Ehe ausschließlich zufalle. Buhs starb kurze Zeit darauf, und sein Nachlaß, worin sich das erwähnte Grundstück annoch befand, wurde zufolge der getroffenen Vereinbarung lediglich von seiner nachgelassenen Wittwe und seinen Kindern zweiter Ehe angetreten, von den Kindern erster Ehe aber daran überall kein Anspruch geltend gemacht. Unterdessen war der letzte Theil der hypothekarischen Forderung für den Restkaufschilling an einen Dritten übertragen worden, der den Posten kündigte, und als keine Zahlung erfolgte, das Grundstück zum öffentlichen Verkauf brachte, wobei sich ein Verlust von mehreren Tausend Gulden ergab, wegen welcher er nunmehr die Erben des verstorbenen Buhs, und unter diesen auch die drei Töchter erster Ehe desselben, mit der in Frankfurt sogenannten Rückstandsklage persönlich in Anspruch nahm. Er behauptete nämlich, auch diese Letzteren seien als Erben sowohl ihres Vaters, wie

---

10) Frankf. Reform. III, 7. §. 3, 16. coll. V, 4. §. 8; 5. §. 11.
11) Frankf. Reform. V, 1, §. 1; 4. §. 5; 5. §. 8—10.

ihrer Mutter anzusehen, und ihm nach Maaßgabe ihrer Erbschaftsraten in beiden Qualitäten verhaftet. Diese drei Mitbeklagten aber verlangten, vermöge des im Jahre 1826 geschlossenen Abfindungsvertrages, wobei sie auf die Succession in die Verlassenschaft beider Aeltern verzichtet hätten, und sonach weder Erben ihres Vaters noch ihrer Mutter geworden seien, von der erhobenen Klage gänzlich entbunden zu werden.

§. 3.

Erwägt man nun die hiebei obwaltenden rechtlichen Verhältnisse, so zeigt sich eine wesentliche Verschiedenheit derselben hinsichtlich der Succession in den mütterlichen und in den väterlichen Nachlaß. In beider Beziehung kam es, da die Beklagten nur als Erben ihrer Aeltern in Anspruch genommen waren, lediglich darauf an, ob ihnen solche Qualität beikomme oder nicht; allein zur Zeit des Abfindungsvertrages war die mütterliche Erbschaft ihnen bereits angefallen, eine Succession in das väterliche Vermögen aber, da der Vater noch lebte, noch nicht eröffnet. Die vorgenommene Abfindung stellt sich daher zum Theil als Abfindung wegen einer bereits deferirten, zum Theil wegen einer noch nicht deferirten Erbschaft dar. Sonach hat die Untersuchung sich damit zu beschäftigen, ob ein bereits berufener Erbe, der sich von der ihm angefallenen Erbschaft abfinden läßt, als Erbe anzusehen sei; ob ferner auch der als Erbe zu behandeln sei, welcher auf eine künftige Succession gegen eine Abfindung verzichtet; oder ob man von Beiden, oder doch von Einem der Beiden, anzunehmen habe, daß ihm die Erbenqualität nicht beikomme, und daß die erhaltene Abfindung nur die Natur einer für den geleisteten Erbverzicht erhaltenen Gegenleistung unter Lebenden besitze. —

§. 4.

Betrachten wir zuerst die Abfindung von einer bereits angefallenen Erbschaft, so läßt sich hiebei ein doppelter Zweck der Contrahenten denken. Ihre Absicht kann darauf gerichtet sein, daß der berufene Erbe den Nachlaß nicht antreten, oder im Falle er ein suus heres ist, daß er von der Erbschaft wieder abstiniren, hiefür aber eine bestimmte Vergütung erhalten soll. Ihre Absicht kann aber auch dahin gehen, daß der Erbe die ihm angefallene Erbschaft an den anderen Contrahenten überlassen, und statt dieselbe in natura zu behalten, dafür eine bestimmte Summe in Geld oder in anderen Gegenständen bekommen soll. Beide Fälle bezeichnet unsere Sprache mit dem Namen einer Abfindung; aber die rechtlichen

Verhältnisse beider Fälle sind wesentlich verschieden. Repudiirt oder abstinirt der Erbe, dem die Erbschaft deferirt war, so wird dieser Theil des Nachlasses vacant, und fällt mithin entweder vermöge des Anwachsungsrechtes den übrigen antretenden Miterben zu, oder er gelangt an die nächstfolgenden Erben. Mithin kann die Absicht, einen solchen Abfindungsvertrag einzugehen, nur dann angenommen werden, wenn der Abfindende, oder der, in dessen Interesse dieser handelt, gerade derjenige ist, welcher an die Stelle des zunächst berufenen Erben tritt, wenn Letzterer die Erbschaft ausschlägt. In diesem Falle unterliegt es denn aber auch keinem Anstande, daß der Abgefundene nicht als Erbe anzusehen und als solcher den Erbschaftsgläubigern in der Regel nicht verhaftet ist. Denn die Erbschaft ist von ihm nicht erworben, und der Umstand, daß er für die Ausschlagung der Erbschaft etwas erhalten hat, macht ihn weder zum Erben[12]), noch begründet er an sich eine Verpflichtung gegen die Erbschaftsgläubiger; denn er besitzt das Erhaltene immer nur titulo speciali, immer nur vermöge eines die Erbschaft betreffenden Rechtsgeschäftes. Nur dann läßt sich eine Verpflichtung zur Herausgabe der erhaltenen Abfindung, aber nie zu mehr annehmen, wenn das ganze Abfindungsgeschäft gerade zur Verkürzung der Erbschaftsgläubiger abgeschlossen war, wo der Abgefundene mittelst der actio Pauliana zur Restitution des Erhaltenen genöthigt werden kann[13]). Ist dagegen die Abfindung im

---

12) „Fuit quaestionis, an pro herede gerere videatur, qui pretium hereditatis omittendae causa capit? Et obtinuit, hunc pro herede quidem non gerere, qui ideo accepit ne heres sit, in edictum tamen praetoris incidere; (s. Not. 13.) sive igitur a substituto heres accepit, sive a legitimo, mortis causa accepisse videtur. Idemque erit, et si non accepit, sed promissa sit ei pecunia: nam et stipulando mortis causa capit. l. 24. D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2.) l. 2. pr. D. si quis omissa causa test. (29, 4.) Auch sagt die l. 6. D. de R. J. (50, 17.) ganz allgemein, non vult heres esse, qui ad alium voluit transferre hereditatem. Vgl. übrigens unten.

13) Es muß aber dann zuvor derjenige ausgeklagt sein, an den nunmehr die Erbschaft gefallen ist, denn eher ist es nicht klar, daß die fraus auch von Erfolg gewesen ist, welches Letztere doch die actio Pauliana erfordert. Vgl. auch l. 2. pr. §. 1. D. si quis omissa causa test. (29, 4.) Man könnte freilich auf den ersten Blick geneigt sein, denjenigen. welcher in fraudem creditorum auf eine Erbschaft gegen eine Abfindung verzichtet hat, nach Analogie dessen, der pretio accepto in fraudem legatariorum auf eine Erbschaft Verzicht geleistet hat (l. 2. §. 1, l. 4. §. 1. coll. l. 13—16. D. eod. Schweppe röm. Privatrecht. §. 914.) den Gläubigern nicht bloß bis zum Belauf der Abfindung, sondern bis zum Belauf der ganzen Schuld für verhaftet zu erklären; allein das Prinzip der actio Pauliana bringt es mit

guten Glauben unternommen, so läßt sich dem Gläubiger nur in sehr beschränkter Maaße helfen. Zuvörderst nämlich würde ihm, obwohl die Abfindung die Natur einer **mortis causa capio** hat [14]), und folglich der Abgefundene sie als ein **lucrum hereditarium** besitzt, dann nie ein Anspruch auf dieselbe gestattet werden können, wenn die Abfindung nicht aus der Erbschaftsmasse, sondern aus dem anderweitigen Vermögen des Abfindenden gegeben oder stipulirt war; denn hier hat der Gläubiger dadurch nichts verloren, und der Gegenstand derselben gehört nicht zu denjenigen, worauf er ein vorzügliches Recht der Befriedigung besitzt [15]). Ward hingegen die Abfindung aus der Erbschaftsmasse selbst ertheilt, so kann der Erbschaftsgläubiger die Auskehrung der erst bloß **versprochenen** Abfindung dadurch verhindern, daß er das **beneficium separationis** nachsucht, bei welchem Alle, welche einen Vortheil aus der Masse begehren, genöthigt werden, den Creditoren nachzustehen [16]). War aber die Abfindung bereits ausgezahlt, so nützt die Separation nicht zur Rescission des Geschäftes [17]), und der Gläubiger hat auch sonst in der Regel keine directe Klage gegen den Abgefundenen, der dasjenige, was er erhalten hat, nur titulo speciali besitzt [18]). Jedoch muß dieses dann eine Ausnahme leiden,

---

sich, daß nur das Erhaltene zu restituiren ist; und in die Analogie von dem besonderen Falle einer betrüglichen Ausschlagung einer Erbschaft, um den Legatar des Vermächtnisses zu berauben, trifft nicht zu, weil der Legatar, der sich in jenem Falle nicht an den Empfänger der Erbschaft halten kann, nur dadurch entschädigt wird, daß man ihm eine Klage auf das Ganze gegen den betrügerischen Repudianten einräumt. Die Gläubiger aber, die sich auch in der Hand des folgenden Erben die Verwendung des ganzen Nachlasses zu ihrer ausschließlichen Befriedigung durch das **beneficium separationis** sichern können, und denen der Erbe persönlich haftet, haben sich billig damit zu begnügen, wenn der Abgefundene das Erhaltene wieder zur Masse liefern muß.

14) S. oben Not. 12. **l. 31. pr. D. de m. c. donat. (39, 6.)**

15) **arg. l. 6. §. 2. D. de bonis auct. iudic. poss. (42. 5.)**

16) **l. 6. pr. D. de separat. (42, 4.)**

17) **l. 2. D. eod.**

18) **arg. l. 7. C. de heredit. act. (4, 16.)** Man kann sich auch hiegegen nicht auf die Analogie des Falles berufen, wo dem Fiduciar die Restitution der Erbschaft unter Zurückbehaltung einer einzelnen Sache auferlegt war, er deshalb als Legatar behandelt wird, und in der Regel Niemandem weiter verhaftet ist (§. 9. I. de fideic. hered., 2, 23; l. 30. §. 3. D. ad SCtum. Trebell. 36, 1·), gleichwohl aber von den Legataren soll belangt werden dürfen, wenn dasjenige, was der Fideicommissar erhalten hat, zur Befriedigung der Letzteren nicht ausreicht (l. 1. §. 17. D. eod.), woraus man nicht ohne Schein ge-

wenn der an die Stelle des Abgefundenen getretene Erbe den Nachlaß nur cum beneficio inventarii angetreten hat[19]). Sonst könnte ihm nur dadurch geholfen werden, daß, wenn die Abfindung von dem Geber mit einer condictio indebiti, einer actio de dolo oder einer sonstigen Klage, besonderer Rechtsgründe halber zurückgefordert werden könnte, ihm diese Klage abgetreten würde, worauf er bei impetrirter Separation ein vorzügliches Recht mit Ausschluß der eigenen Gläubiger des Erben hat.

§. 5.

Ist dagegen die Meinung der Contrahenten die, daß der Abgefundene seine Erbschaftsrechte auf den Anderen übertragen soll, so läßt sich dieser Zweck nur dadurch erreichen, daß der berufene Erbe die deferirte Erbschaft annimmt, indem Niemand Rechte, die er selbst nicht hat, auf einen Anderen übertragen kann, und die bloße Befugniß, eine deferirte Erbschaft anzunehmen, als ein höchst persönliches, in der Regel nicht einmal auf die Erben übergehendes Recht an keinen Dritten abgetreten werden kann. Hier liegt mithin in dem Abfindungsvertrage ein Verkauf oder eine anderweitige Veräusserung der von dem Abgefundenen zuvor erworbenen oder zu erwerbenden Erbschaft. Mithin erscheint der Abgefundene als wahrer Erbe[20]), und als solcher den Erbschaftsgläubigern verhaftet. An solcher Verpflichtung kann denn auch die Veräusserung der Erbschaft an einen Dritten, selbst wenn diesem die Berichtigung der Erbschaftsschulden dabei zur Bedingung gemacht sein sollte, nichts ändern, indem solcher Vertrag für den Gläubiger als eine

---

schlossen hat, daß er um so mehr den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger ausgesetzt sei. (VINNIUS in commentar. ad Instit. ad §. 9. cit. v. Wening-Ingenheim Lehrb. d. Civilrechts Th. 3. Buch. 5. §. 257); denn von Gestattung einer Klage gegen den Fiduciar, der wahrer heres ist, obwohl er nach der Restitution in der Regel in totum oder in tantum gegen Erbschaftsansprüche geschützt wird, gilt kein Schluß auf Klagen gegen solche Personen, denen die Qualität eines heres überall nicht beikommt, und die daher mit den Erbschaftsgläubigern in gar keinem obligatorischen Verhältnisse stehen.

19) l. un. §. 5. C. de iure deliberandi. (6, 30.)

20) Zwar scheint dem die schon oben Not. 12. angeführte l. 6. D. de R. I. (50, 17.) entgegen zu stehen; allein diese Stelle, die, wie die Gleichheit der Inscriptionen mit l. 24. D. de acq. vel omitt. hered. (29, 2.) und mit l. 2. pr. D. si quis omissa (29, 4.) ergiebt, sich auf das Edict wegen betrüglicher Ausschlagung einer Erbschaft bezieht, geht nicht auf den Fall der Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft, sondern auf den Fall der Repudiation eines erst bloß deferirten Nachlasses. Pet. FABER comment. ad tit. D. de R. I. ad l. 6. cit.

Vereinbarung unter Dritten erscheint[21]). So lange daher der Käufer der Erbschaft die Erbschaftsschuld nicht durch Zahlung getilgt oder durch eine mit dem Gläubiger geschlossene Expromission zu der seinigen gemacht hat[22]), ist es dem Letzteren unverwehrt, den abgefundenen Erben als seinen Verpflichteten in Anspruch zu nehmen, und kann er es diesem überlassen, sich bei seinem Abnehmer der Erbschaft zu regressiren. Wenden wir diese Grundsätze auf den angegebenen Fall an, so mußten die drei Töchter erster Ehe allerdings dem Kläger insoweit als verhaftet angesehen werden, als ihre verstorbene Mutter für die Klage hätte aufkommen müssen. Denn, wenn sie auch vor dem Abschlusse des Abfindungsvertrages noch nicht als unwiderrufliche Erben ihrer Mutter anzusehen gewesen sein sollten[23]), so lag doch gerade in der Eingehung jenes Vertrages eine unzweideutige Antretung des mütterlichen Nachlasses, und eine Uebertragung desselben auf ihren Vater. Hätten sie nämlich die mütterliche Erbschaft ausgeschlagen, so würde solche nicht an ihren Vater, sondern an die anderweitigen nächsten Blutsverwandte ihrer Mutter, als deren nächstfolgende Intestaterben, gefallen sein. Der Vater aber wollte, wie der Vertrag deutlich ergiebt, dasjenige, was nach der Befriedigung seiner Töchter erster Ehe vom Vermögen übrig blieb, für sich, seine zweite Ehefrau und deren Kinder haben; auch wollten Jene es ihm für diese überlassen. Daher reden sie denn auch in der ganzen Acte von dem mütterlichen Nachlasse als von etwas ihnen bereits Gehörigem. Sie erscheinen mithin in Betreff dieses Nachlasses den mütterlichen Erbschaftsgläubigern gegenüber, als wahre Erben und als Verkäufer einer Erbschaft[24]).

---

21) l. 2. C. de heredit. vel act. vend. (4, 39.) l. 2. C. de legatis. (6, 37.)

22) Hiebei bedarf es aber, um den Verkäufer der Erbschaft zu libereren, keiner ausdrücklichen Vereinbarung, daß derselbe von weiteren Ansprüchen frei sein soll. l. 2. C. de pactis. (2, 3.)

23) Zweifel darüber, ob nicht ein solcher unwiderruflicher Erwerb der mütterlichen Erbschaft bereits eingetreten sei, entstanden allerdings aus den Vorschriften der Frankfurt. Reform. VI, 2. §. 5. coll. 1. §. 3, 8. Zur Erläuterung derselben künftig einmal eine besondere Abhandlung.

24) Auch da, wo nach dem Tode des einen Ehegatten ein unzertheiltes Sammtgut bleibt, und von diesem ein Kind demnächst abgefunden wird, kann dieses nur als ein Verkauf und Kauf des Nachlasses angesehen werden, insofern dem Kinde bereits bestimmte Rechte am Sammtgute aus der Person des vorverstorbenen parens zustanden, und solche Rechte bei einer bloßen Entsagung des Kindes nicht dem Abfindenden oder dessen etwaigen anderen Kindern, sondern Dritten zu-

§. 6.

Trüge sich ein solcher Fall in der Art zu, daß der berufene Erbe sich wegen der deferirten Erbschaft von demjenigen abfinden ließe, welchem bei seiner Repudiation des Nachlasses derselbe zufallen würde, wo mithin sowohl die rechtliche Ansicht eines Erbverzichtes, als einer Erbschaftsveräusserung aufgefaßt werden könnte, so würde lediglich darauf zu sehen sein, welche Absicht von den Contrahenten bei dem Geschäfte gehegt wäre, und ob die Abgefundenen nicht bereits durch concludente Handlungen ihre Annahme der Erbschaft oder die Ablehnung derselben zu erkennen gegeben hätten. Wäre aber ihre Absicht von ihnen nicht deutlich an den Tag gelegt, so würde die Erbschaftsgläubiger, welche den abgefundenen Erben als Erben in Anspruch nehmen wollen, der Beweis treffen, daß er die Erbschaft angetreten, oder sich factisch als Erbe gerirt habe; und da dieser Beweis sich nicht dadurch allein führen ließe, daß Jener die Erbschaft den mitberufenen oder den nächstfolgenden Erben überlassen und für solche Ueberlassung eine bestimmte Summe erhalten habe, so ergäbe sich daraus für einen solchen Fall das Resultat, daß der Abgefundene, wie ihm das in diesem Verhältnisse das Vortheilhaftere ist, im Zweifel so behandelt werden müßte, als habe er auf die deferirte Erbschaft Verzicht geleistet; wonach er mithin den Erbschaftsgläubigern nicht zu haften brauchte.

§. 7.

Was nun aber die Abfindung anbetrifft, welche die drei Töchter erster Ehe wegen der Erbschaft ihres noch lebenden Vaters erhielten, und wofür sie auf solche Erbschaft im Voraus Verzicht leisteten; so kann dieses Geschäft überall nicht als die Veräußerung einer bereits erworbenen Erbschaft angesehen werden. Nach den Grundsätzen des gemeinen Rechtes ist dieses sofort klar, weil dieses keine Succession in das Vermögen einer noch lebenden Person kennt (**Hereditas viventis non datur.**). Eher ließe sich nach dem deutschen Rechte daraus ein Bedenken entnehmen, daß man in diesem auch von einer anticipirten Succession redet, und daß das deutsche Recht dem Erblasser, welcher schon bei seinen Lebzeiten

---

fallen würden. Vgl. Brem. Statuten. Stat. 7. (Oelrichs pag. 451.) Selbst da, wo der Erbe nach dem statutar. Rechte, nicht **ultra vires hereditatis** haftet, muß daher das so abgefundene Kind für die auf dem Sammtgute lastenden Schulden die erhaltene Abfindung, versteht sich **salvo regressu** an den Abfinder als **emtor hereditatis**, herausgeben.

seinen künftigen Erben das Vermögen übergiebt, die Pflicht auflegt, zuvor seine Schulden zu berichtigen[25]). Allein selbst da, wo der Fall einer eigentlichen anticipirten Succession vorliegt, d. h. wenn Jemand sich schon bei Lebzeiten seines ganzen Vermögens zu Gunsten seiner Erben entäussert, kann dieses Geschäft doch nicht als eine Succession, sondern es kann nur auf ähnliche Weise, wie nach gemeinem Rechte eine Schenkung aller Güter, als ein Rechtsgeschäft unter Lebenden angesehen und behandelt werden[26]); denn wer sein Vermögen so weggiebt, kann sich dadurch von seinen persönlichen Verpflichtungen nicht befreien, und seine Gläubiger weder verpflichten, sich an die Empfänger des Vermögens zu halten, noch selbst ihnen hiezu ein Recht ertheilen, weil auch nach deutschem Rechte Verträge zwischen Dritten in der Regel einem Anderen keine Rechte ertheilen und keine Verbindlichkeiten auflegen. Es kann daher der Gläubiger den Empfänger des Vermögens nur aus dem Gesichtspunkte direct belangen, daß in einer solchen Veräußerung des ganzen Vermögens vor Berichtigung der Schulden, eine fraudulente Handlung gegen die Gläubiger enthalten ist, welche ohne allen weiteren Beweis eines beabsichtigten Betruges mittelst der actio Pauliana insoweit angefochten werden kann, als der Gläubiger dadurch beeinträchtigt ist[27]). Kann man nun aber schon bei der s. g. anticipirten Succession den Empfänger der Güter nicht als Erben ansehen, so kann dieses noch weniger da geschehen, wo Jemand sich nicht seines ganzen Vermögens entäußert, sondern nur einen Theil desselben dazu aufwendet, um dafür seine künftigen Erben zur Verzichtleistung auf ihre Erbansprüche zu vermögen, damit der Nachlaß demnächst an andere Personen falle. Hier ist offenbar die Absicht des Abfindenden nicht dahin gerichtet, sich schon bei lebendigem Leibe beerben zu lassen, sondern nur, demnächst bei seinem Tode diejenigen zu seinen Erben zu bekommen, welche das Gesetz gar nicht, oder doch nicht allein berufen hätte. Was demnach hier die abgefundenen Erbschaftsprätendenten für den Verzicht auf den Nachlaß erhalten, das können sie nur titulo speciali bekommen, und erscheint es daher als rechtlich unmöglich, sie deshalb als Erben des Abfindenden anzusehen. Folglich können sie auch den Gläubigern desselben nicht in der Qualität als Erben, sondern sie können denselben nur aus dem Gesichtspunkte, daß ihnen zu der Verkürzung Jener die Abfindung gegeben worden sei, verhaftet sein. Nach diesen Grundsätzen erkannte denn

---

25) S. z. B. die Hamburg. Statut. v. 1497. J. 18.

26) So stellt es namentlich das preuß. Landr. I. 12. §. 656.

27) l. 17. §. 1. D. quae in fraud. credit. (42, 8.)

das Oberappellations-Gericht am 23sten Januar 1830, daß die drei Töchter erster Ehe des verstorbenen Buhs bei der angestellten Rückstandsklage nur als Erben ihrer Mutter, nicht als Erben ihres Vaters zu haften hätten.

XVI.

Von der Vindication abgetrogener Sachen nach römischem und germanischem Rechte. *)

§. 1.

Wenn Jemand durch den dolus des andern Contrahenten verleitet worden ist, an diesen eine Sache zu veräussern, und er demselben demnächst die Sache tradirt, so leidet es nach den Grundsätzen des römischen Rechtes keinen Zweifel, daß demohngeachtet das Eigenthum auf den Erwerber übergeht, und daß der Veräusserer nur berechtigt ist, ihn selbst mittelst einer persönlichen Klage auf Rückgabe oder auf Entschädigung in Anspruch zu nehmen [1]). Denn das wesentliche Erforderniß eines Eigenthums-Ueberganges von Seiten des Veräusserers, die Absicht desselben, auf den Empfänger das Eigenthum zu übertragen [2]), ist hier immer noch vorhanden. Noch unzulässiger erscheint daher nach germanischem Rechte die Vindikation des in solcher Maaße abgetrogenen Gegenstandes, wenn dieser eine bewegliche Sache ist, weil diese aus dritter Hand nicht vindicirt werden kann, wenn der frühere Eigenthümer, selbst ohne die Absicht, sie auf den Empfänger eigenthümlich zu übertra-

---

*) Juristische Abhandlungen von Heisse und Cropp II. Bd. S. 281 — 292.

1) l. 10. C. de rescind. vendit. (4, 44.) Vinnii select. quaes. lib. 1. cap. 12. in fin. Noodt de forma emend. doli mali. cap. 15. Schömann Handb. des Civilrechts, B. 2. Abhdl. 6. S. 97 — 114. Martin Rechtsgutachten des Spruchcollegii zu Heidelberg B. 1. No. 7. §. 8 — 13. S. 301 — 13.

2) . . . . nihil tam naturale est, quam voluntatem domini rem suam in alium transferendi ratam haberi. . . . . l. 9. §. 3. D. de acq. rer. dom. (41, 1.) sive §. 40. I. de rer. divis (2, 1.)

gen, die Sache demselben auch nur geliehen oder versetzt und sie mit seinem Willen aus seiner Were gelassen hat [3]). Gleichwohl giebt es einen Fall, wo sowohl nach römischem als auch nach germanischem Rechte die Vindication einer abgetrogenen Sache aus der Hand des Empfängers, so wie jedes Dritten gestattet werden muß, nämlich der, wenn Jemand, als angeblicher Beauftragter eines Dritten, ohne dieses gleichwohl zu sein, und in der betrüglichen Absicht der Aneignung, sich dieselbe von dem Veräusserer für den Dritten überliefern läßt.

§. 2.

Betrachten wir nämlich zuvörderst diesen Fall nach den Prinzipen des gemeinen Rechtes, so kann hier überall kein Eigenthumsübergang angenommen werden. Denn bei der Tradition können Besitz und Eigenthum nur von demjenigen erworben werden, auf den sowohl der Tradent dieselben zu übertragen beabsichtigt, als der auch selbst den Willen hegt, die Sache erwerben zu wollen [4]). In dem gegebenen Falle fehlt es nun an diesem letzteren Requisite durchaus, weil, wenn auch der Dritte im Allgemeinen die Absicht gehegt haben sollte, diese Sache zu erwerben, er doch auf keinen Fall gemeint war, sie durch die Vermittelung dieses, hiezu von ihm nicht beauftragten Stellvertreters sich zu eigen zu machen. Obwohl daher die Tradition an den wirklichen Procurator den Uebergang des Eigenthums an dessen Principal auch dann bewerkstelligt, wenn der Procurator die Sache in der diebischen Absicht, sie für sich zu behalten, im Empfang nimmt [5]), und es dann dem Principal überlassen werden muß, die Sache aus der Hand seines treulosen Procurators zu vindiciren oder zu condiciren; so kann doch da das Eigenthum auf den angeblichen Erwerber nicht übergehen, wo der, welcher sich als Mittelsperson desselben gerirt, ein

---

3) Sachs. Sp. II, 60. Hamburg. Statut. II, Art. 7. Brem. Stat. Ord. 58. (Oelrichs S. 527.) Viele Stellen aus anderen Rechten habe ich gesammelt in Hudtwalker u. Trummer criminal. Beitr. B. 2. S. 239, 40. Not. 8.

4) l. 55. D. de O. et A. (44, 7.) coll. l. 9. §. 7. D. de acq. rer. dom. (41, 1.)

5) l, 13. D. de donat. (39, 5.) coll. l. 3. §. 12. D. de donat. i. v. et u. (24, 1.) Die scheinbar entgegenstehende l. 37. §. 4. 6. D. de acq. rer. dom. (41, 1.) sagt dasselbe, indem mit den Worten nihil agetur weiter nichts bezeichnet werden sollte, als daß der Repräsentant mit dem Willen, für sich zu erwerben, nichts ausrichte. v. Savigny vom Besitz §. 26. S. 311, 2. d. 5ten Ausg.

falsus procurator ist[6]). Es kann nun aber auch der falsche Procurator nicht für sich selbst das Eigenthum der Sache erwerben; denn auf ihn hat der Veräusserer dasselbe auf keinen Fall übertragen wollen[7]).

§. 3.

Kann nun aber das Eigenthum weder auf den angeblichen Erwerber, noch auf den angeblichen Procurator übergehen, so ist davon die weitere Folge die, daß der Veräusserer das Eigenthum behält. Denn es ist Grundsatz, daß Niemand, der bei der Alienation in einem wesentlichen Irrthume befangen war, sein Eigenthum an der Sache verliert[8]); es ist ferner Grundsatz, daß die bloße Absicht, nicht mehr Eigenthümer sein zu wollen, das Recht des bisherigen Eigenthümers noch nicht aufhebt[9]), insofern nicht eine Begebenheit hinzukommt, woran das Recht den Verlust des Eigenthums knüpft; und es ist in Folge dieser beiden Grundsätze Rechtens, daß bei einer Veräusserung das Eigenthum dem Veräussernden nicht anders verloren geht, als wenn der beabsichtigte Erwerb desselben durch den Dritten eingetreten ist[10]). Nach diesen Grundsätzen behält daher der Veräusserer, ohngeachtet der Tradition der Sache, das Eigenthum und das Vindikationsrecht selbst dann, wenn der Empfänger der Sache für einen Dritten sich im guten Glauben für dessen Bevollmächtigten erachtete, oder doch die Absicht hegte, die Sache diesem zustellen zu wollen, bis daß der Principal die Sache ausgeliefert erhält, oder das Geschäft als das seinige ratihabirt[11]). Hegte aber der, welcher sich für den Beauftragten des Dritten

---

6) l. 43. §. 1. D. de furtis (47, 2.) v. Savigny a. a. O. S. 311. Nt. 1.

7) S. Not. 5.

8) . . . nemo errans rem suam amittit. l. 35. D. de acq. rer. dom. (41, 1.)

9) l. 17. §. 1. D. eod.

10) Das gilt sogar schon bei der Uebertragung des Besitzes, wenn nicht ein jedenfalls den Verlust des Besitzes für den Tradenten, wenn auch nicht den Erwerb desselben für den Accipienten herbei führendes factum contrarium hinzugekommen ist. l. 34. pr. in fin. D. de acq. v. am. poss. (41, 2.) l. 18. pr. D. de vi (43, 16.) coll. l. 18. §. 1. D. de acq. v. am. poss. (41, 2.) Um so mehr es vom Eigenthume gelten, und zwar auch da, wo der Tradirende den Besitz wirklich verliert, weil das Eigenthum auch noch nach dem Verluste des Besitzes fortdauern kann.

11) Retes opuscula lib. 2. sect. 2. cap. 4. nr. 3. (Meermann thesaurus. Tom. 6. pag. 127.)

ausgab, sogar die betrügerische Absicht, die Sache unterschlagen und sich aneignen zu wollen, so begeht er dadurch ein furtum gegen den Veräusserer, und kann von diesem nicht bloß mit der rei vindicatio und condictio furtiva auf Restitution der Sache, sondern er kann auch von demselben mit der actio furti auf eine Strafe belangt werden [12]). Auch unterliegt es nicht dem mindesten Zweifel, daß die erstgedachte Klage ebenfalls gegen einen etwaigen dritten Besitzer der Sache statthaft ist. —

§. 14.

Viel zweifelhafter erscheint es in einem solchen Falle, ob der Vindication des Veräusserers aus dritter Hand bei einer beweglichen Sache nicht der Grundsatz des germanischen Rechtes entgegen stehe, daß Hand Hand wahren muß, oder mit andern Worten, daß derjenige, welcher seine bewegliche Habe einem Anderen anvertrauet hat, sich dieserhalb nur an diesen, nicht aber an einen Dritten halten kann, dem die Sache von Jenem übertragen worden ist. Es scheint nämlich, als stehe dem Veräussernden hier zweierlei entgegen, theils daß er die Sache mit seinem Willen aus seiner Were gelassen hat, theils daß er sie dem, welcher dieselbe Namens des Dritten von ihm begehrte, anvertrauet hat. Setzen wir z. B., daß ein Domestique auf den Namen der Herrschaft, ohne deren Wissen, für sich Waaren ausnimmt; oder erwägen wir folgenden wirklich vorgekommenen Fall: Ein Kaufmann in einer deutschen Seestadt schrieb unter der Firma eines Hauses in Philadelphia, welches von der ganzen Sache nichts wußte, an einen Spiegelfabrikanten im Innern von Deutschland, und bestellte bei diesem eine Quantität Spiegelgläser, mit dem Auftrage, solche an den Kaufmann in der Seestadt zur Beförderung nach Philadelphia einzusenden. Der Spiegelfabrikant nahm, im Vertrauen auf die ihm bekannte Solidität des Hauses in Philadelphia, die Bestellung an, und übersandte die Spiegel dem vermeintlichen Auftrage gemäß an den genannten Spediteur, welcher dieselben an einen seiner Creditoren

---

12) l. 14. D. de condict. causa data (12, 4.) l. 3. §. 12. D. de donat. i. v. et u. (24, 1.) l. 43. §. 1, l. 44. pr., l. 80. §. 6. D. de furtis (47, 2.) l. 38. §. 1. D. de solution. (46, 3.) l. 19. C. de furtis. (6, 2.) coll. l. 25. D. de donat. (39, 5.) Retes l. c. nr. 1, 4. (Meermann l. c. p. 127, 8.) Dieses gilt selbst dann, wenn man den Verkäufer beauftragt hätte, jedem, welcher eine gewisse Waare in unserm Namen verlangen sollte, dieselbe verabfolgen zu lassen, und Jemand, der dieses erfahren hat, nun die Waare in unserm Namen begehrt, und erhält. Auch hier geht kein Eigenthum über, und stehen die Klagen gegen den Betrüger nicht uns, sondern dem Verkäufer zu. l. 52. §. 11. D. de furtis. (47, 2)

versetzte, und sich kurz darauf insolvent erklärte, so daß der Spiegelfabrikant sich bei ihm nicht erholen konnte. Es kam daher in Frage, ob nicht der Fabrikant eine Vindication gegen den Pfandgläubiger des Falliten, bei dem die Spiegelgläser noch unverändert vorhanden waren, anstellen könne. Hier schien es nun aber dieser Klage entgegenzustehen, daß der Fabrikant seine Waare freiwillig in die Hand des Falliten gegeben und sie diesem anvertrauet hatte; und daß, obwohl dem Hause in Philadelphia, welches gar keine Bestellung gemacht hatte, Besitz und Eigenthum derselben durch den Falliten, als einen falsus procurator nicht erworben war, sich demohngeachtet nicht bezweifeln ließ, daß der Fabrikant aufgehört habe, Besitzer der Waare zu sein. Die fraudulente Aneignung einer anvertraueten Sache, worin das römische Recht allerdings einen Diebstahl findet, ist aber weder ein eigentlicher Diebstahl, noch auch ein diebliches Behalten im Sinne des germanischen Rechtes, weshalb die Vindication der veruntreueten Sache aus dritter Hand gestattet wäre [13]). Auch existirt, so viel ich weiß, in keinem älteren ächten germanischen Rechte eine Vorschrift, die gerade in einem solchen Falle die Vindication des abgetrogenen Gutes gestattete.

§. 5.

Gleichwohl muß ich, wie schon oben bemerkt, auch nach dem germanischen Rechte eine solche Vindication für völlig zulässig halten. Unser einheimisches Recht erlaubt nämlich dann, sich zu seiner, obschon in dritter Hand befindlichen Sache zu ziehen, wenn dieselbe dem Eigner durch Raub oder Diebstahl abhanden gekommen ist [14]), und es wird hiebei, wie die Gestattung der Vindication

---

13) Dieses ist von mir näher ausgeführt in Hudtwalker u. Trummer criminal. Beiträgen, B. 2. S. 61 — 72; und füge ich zur Unterstützung der dort von dem Sachs. Sp. III, 22. gegebenen Erklärung nur noch hinzu, 1) daß es in der holländ. Recension dieses Rechtsbuchs vom Jahre 1479. Art. 42. a. E. (Ausg. von Grupen S. 53.) in der Hinsicht noch viel klarer und entscheidender heißt: . . . Item soe wie sijn paert, sijn silver of sijn wapent Wtleent, rijt die man wech ende vercoept dat hem gheleent is, hi voerder sijn aenspraeck op die ghene die hijt lenede. ghene dieste en mach hi daer op tien, want hi hem mit sinen eyghen wille leenede; (vgl. auch d. s. g. schles. Landr. IV, 13. dist. 4. Bei Böhme Th. 5. S. 9; und Tönsen Grundsätze eines allg. posit. Privatrechts S. 435, 6. in d. Note.); und 2) daß es ganz in Uebereinstimmung hiemit im Rechtsbuch des Kollius Art. 79. a. E., und im Cod. Brok. II, Art. 333, und III, Art. 273 des lübischen Rechts heißt: „He mach dat ock wol verkopen, deme wat gelenet is, sunder Bröcke."

14) Criminal. Beiträge B. 2. S. 282 — 308.

verlorner und vom Finder dieblicher Weise veräusserter Sachen, so wie in anderen ähnlichen Fällen, beweist, nicht gerade erfordert, daß dieselbe durch einen Raub oder Diebstahl aus dem Gewahrsam des bisherigen Eigenthümers gebracht sei. Es genügt vielmehr schon, wenn die, anfangs sogar auf völlig tadellose Art in die Hände des Dritten gekommene Sache von diesem demnächst auf eine diebische Weise dem Eigenthümer vorenthalten wird [15]). Raub und Diebstahl dürften daher wohl nicht die einzigen Verbrechen sein, die dem Eigenthümer, welchem dadurch die Sache entzogen ist, das Recht zur Vindication derselben selbst aus der Hand eines Dritten zu ertheilen vermögen, wenn nur diese anderen Handlungen wirkliche Verbrechen sind, um dem Raube und Diebstahle, oder doch einem dieblichen Behalten, einer Unterschlagung der Sache, gleichgeachtet werden können. Dieses ist aber wohl sicher da anzunehmen, wo Jemand den Namen eines Dritten, welchem der Eigenthümer Credit schenkt, dazu mißbraucht, um demselben eine Sache abzulocken. Ja es dürfte dieses, wohl selbst nach germanischen Grundsätzen, als eine Entwendung anzusehen sein, da nach denselben in manchen Fällen auch da noch dieses Delict als begangen angenommen wird, wo der, welcher sich die Sache rechtswidriger Maaßen aneignet, sie von dem Eigenthümer selbst überliefert erhalten hat, wenn sie ihm nur nicht zu seinem Gebrauche überliefert ist [16]). Es kommt aber, soviel die Zulässigkeit der Vindication betrifft, noch entscheidend in Betracht, daß jedenfalls nur dann der Eigenthümer von der Verfolgung seiner Sache in dritter Hand ausgeschlossen sein sollte, wenn er sie demjenigen, welcher sie sich betrügerischer Weise angeeignet hat, anvertrauet hate [17]). Man

---

15) Criminal. Beitr. B. 2. S. 44 — 60, 270 — 5.

16) Criminal. Beitr. B. 2. S. 68 — 79; 251 — 64; 271 — 4. Vgl. Tönsen a. a. O. S. 406 — 36; 519 — 23, der, obwohl über die Bedeutung der Rechtsregel: „Hand wahre Hand" im Allgemeinen mit mir einverstanden, doch in diesem besonderen Stücke nicht überall mit mir derselben Meinung ist und Hoffnung zu einer ausführlichern historischen Begründung dieser abweichenden Ansichten giebt, der ich um so mehr mit Begierde entgegen sehe, da die bisher dargelegten Gründe des Vers. mich noch nicht überzeugt haben, daß nach dem ächten germanischen Rechtssystem das depositum und verwandte Geschäfte in unserer Lehre eben so, wie das commodatum, die locatio u. s. w. behandelt worden seien, ich aber gleichwohl die große Zweifelhaftigkeit der Sache nicht verkennen kann.

17) Dieses liegt meines Erachtens darin, daß selbst diejenigen Gesetze, welche, wie die alten Rechte von Wales (Leges Wallicae, lib. S. §. 38. ed. Wotton. pag. 215.), auch dem Deponenten die Vindication gegen denjenigen, der sein Recht vom Depositar ableitet,

soll seinen Glauben da wieder suchen, wo man ihn gelassen hat. Nun hat aber der Verkäufer, welcher seine Waare einem falschen Procurator, den er aber für den wahren Bevollmächtigten des angeblichen Käufers hielt, nicht dem Ersteren, sondern dem Letzteren Vertrauen schenken wollen, wie sich das aus dem angeführten Beispiele von selbst ergiebt, wenn man nur die Folgen desselben in nähere Erwägung zieht. Wäre nämlich der angebliche Spediteur wirklich der Beauftragte des Hauses in Philadelphia gewesen, so wäre dieses sofort der Eigenthümer der Spiegelgläser geworden, so wie solche für sie in die Hände ihres Beauftragten gekommen waren, und sie hätten mithin ohngeachtet der von diesem vorgenommenen Unterschlagung der Waare, dieselbe dem Fabrikanten bezahlen müssen. Sie wären es gewesen, gegen welche der Spediteur das furtum begangen gehabt hätte, und ihnen hätte es mithin obgelegen, ihren Glauben bei diesem, welchem sie denselben geschenkt hatten, wieder zu suchen. Der Fabrikant, welcher seine Waare in der Voraussetzung, daß die angegebenen Besteller ihm dafür haften, aus den Händen gegeben hat, muß, nachdem jene Annahme sich als irrig erwiesen hat, eben so angesehen werden, als ob er die Waare ohne alle contractliche Veranlassung aus seinem Gewahrsam gelassen hätte, wo es keinem Bedenken zu unterliegen scheint, daß ihm die Vindication der Waare auch aus dritter Hand zu gestatten gewesen wäre. Es läßt sich daher von demjenigen, welcher einem falsus procurator für einen Dritten eine Sache zugestellt hat, nicht sagen, er habe sie auf eine solche Weise mit seinem Willen aus seiner Were gelassen, daß er von der Vindication derselben gegen Dritte ausgeschlossen geachtet werden könnte.

§. 6.

Allerdings giebt es denn auch ein neueres Statut, in welchem sich das mehrerwähnte germanische Prinzip, daß Hand Hand wahren müsse, beibehalten findet[18]), und welches zugleich eine Vorschrift enthält, woraus die gegebene Entscheidung unserer Frage zu entnehmen ist. Die jetzt geltenden Hamburgischen Statuten enthalten nämlich folgende Bestimmung:

---

verweigern; doch immer verlangen, daß der Eigenthümer zu demjenigen, welchem er seine Sache übergiebt, in ein bestimmtes contractliches Verhältniß trete. Dieses ist aber z. B. nicht der Fall zwischen dem Verkäufer und demjenigen, welcher sich Namens des Käufers die verkaufte Sache abliefern läßt; welcher Letztere hiedurch dem Ersteren höchstens quasi ex contractu oder ex delicto verhaftet wird.

18) Hamburg. Statut II, 2. Art. 7. coll. II, 4. Art. 2. Neue Fallit. Ordn. Art. 25. nr. 1, 3.

Welcher Mann etwas kaufet, der soll sich vorsehen und eigentlich wahrnehmen, was und von wem er kaufe. Denn, wenn ein Gut gestohlen, geraubet und abgetrogen ist, und der rechte Herr desselbigen kommt, und glaubwürdige Anzeige thut, daß solches Gut sein gewesen, und noch sei; so mag er dasselbe, mit Vorwissen des Richters, ohne alle Entgeltniß und Bezahlung des ausgegebenen Kaufgeldes wiederum an sich nehmen: und soll der Käufer, sofern er um den Diebstahl und Betrügung gewußt, mit gebührender Strafe beleget werden [19]).

Unmöglich kann der Sinn der Stelle der sein, daß jede Sache, zu deren Veräusserung der bisherige Eigenthümer durch einen Betrug des Erwerbers veranlaßt worden ist, vindicirt werden könne, denn dieses würde nicht bloß in einem offenbaren Widerspruche mit den Grundsätzen des gemeinen Rechtes stehen, sondern es würde auch den Vorschriften des besonderen Hamburgischen Rechtes widersprechen [20]). Es kann daher die Vorschrift des Artikels, wie das auch die Worte, „daß solches Gut sein gewesen und noch sei" deutlich zu erkennen geben, nur auf solche Fälle bezogen werden, wo wegen des gespielten Betruges nach den Grundsätzen des Rechts kein Eigenthumsübergang erfolgt ist. Der Hauptfall dieser Art ist aber gerade der entwickelte, und ist auf diesen denn auch schon anderweitig jene gesetzliche Bestimmung bezogen worden [21]).

---

19) Hamburg. Stat. II, 8. Art. 8. Die älteren Recensionen dieser Statuten enthalten von der Vindication abgetrogenen Gutes nichts. Vgl. zur Erläuterung der Stelle oben Abhdl. 5. Not. 10.

20) Es findet sich nämlich in den Hamburg. Statuten nicht nur nirgends der Grundsatz ausgesprochen, daß der dolus des Käufers den Eigenthumsübergang des gekauften Gegenstandes hindere, sondern es ist sogar ausdrücklich vorgeschrieben, daß der Verkäufer einer Waare, die ein Fallit ihm gefährlicher Weise kurz vor Ausbruch seines Concursus abgehandelt hat, dieselbe nur dann wieder an sich zu nehmen berechtigt sein soll, wenn sie noch in der Masse vorhanden ist. Hamburg. Statut. II, 5. Art. 3. Neue Fallit. Ordn. Art. 24. Nur unter gleicher Voraussetzung ist die Rücknahme von Commissions- und Speditionsgütern aus dem Concurse gestattet. Neue Fallit. Ordn. Art 26. Wird nun aber in beiden Fällen, und namentlich im ersteren, wo ein wahrer dolus causam dans vorhanden ist, die Vindication der vom Falliten bereits an Dritte veräusserten und überlieferten Güter nicht gestattet, während in dem erwähnten anderen Artikel die Vindication des abgetrogenen Gutes auch aus dritter Hand für zulässig erklärt wird; so kann diese letztere Vorschrift keinesweges als eine allgemeine, die sich auf jede Art des Abtrügens bezöge, angesehen werden.

21) So von V. Rumpff D. de rei vindicat. ex iure Romano et Hamburg. Goetting. 1764. pag. 140 — 2; und so ferner in einem Präjudikate aus früherer Zeit, wo ein Bleidecker-Junge von einem Kaufmanne auf den Namen eines Dritten, von dem er hiezu nicht beauftragt

XVII.

Die Verpfändung einer Geldforderung giebt dem Gläubiger, welchem sie verpfändet worden, das Recht, den Schuldner seines Schuldners darauf unmittelbar zu belangen, und sich mit dem solchergestalt eingezogenen Gelde bezahlt zu machen. *)

Die Verpfändung ist an und für sich kein Mittel zur Befriedigung des Gläubigers, sondern nur zu dessen Sicherstellung; sie geschieht mittelst eines bloß accessorischen Vertrages, welcher neben dem die Schuld begründenden Hauptvertrage besteht, und in seinen rechtlichen Wirkungen von diesem abhängig ist. Der Pfandinhaber ist daher nicht berechtigt, sich zur Verfallzeit seiner Forderung unmittelbar mit dem Pfande bezahlt zu machen, ja es ist sogar gesetzlich verboten, durch ausdrückliche Uebereinkunft dem Gläubiger die Befugniß einzuräumen, das Pfand als directes Befriedigungsmittel seiner Forderung eigenthümlich zu behalten, und darüber als einen in sein Vermögen übergegangenen Gegenstand zu verfügen. Der rechtliche Weg, um von der durch die Verpfändung erlangten Sicherheit wirklich Gebrauch zu machen, und so mittelbar seine Befriedigung durch das Pfand zu erlangen, ist, daß der Gläubiger solches zum Verkauf bringe, und sich dann erst aus dem Kaufpreise, soweit derselbe hiezu erforderlich oder anreichend ist, bezahlt mache. Selbst dieser Verkauf, welcher nach dem

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. I. Römisches Privatrecht S. 3 — 8.

war, Blei abgeholt, und den Belauf für diesen Dritten anschreiben lassen, das Blei aber an einen Anderen verkauft hatte. Hier wurde dieser Letztere in Gemäßheit der Statuten II, 8. Art. 8. zur unentgeltlichen Herausgabe des Bleies an den Verkäufer verurtheilt, und entschieden, daß die Statuten II, 2. Art. 7. dem nicht entgegen ständen, weil er nur dem angeblichen Käufer, nicht aber dem Jungen habe fidiren wollen, Ersterem aber das Blei nicht zu Gute gekommen sei. **Thesaur. iur. prov. et statut. P. 2. pag. 948.**

römischen Rechte aussergerichtlich unter Beobachtung gewisser Förmlichkeiten vorgenommen werden konnte, pflegt heutzutage nicht anders, als unter Einwirkung der Gerichte auf dem gewöhnlichen Wege der Hülfsvollstreckung, zu geschehen, und setzt also stets ein Verfahren gegen den Schuldner über die Richtigkeit und Einklagbarkeit seiner Schuld voraus; ja es kann, selbst unter dieser Voraussetzung, ein dritter Besitzer des Pfandes sich mit der Einrede vorläufig schützen, daß zuvor der Hauptschuldner selbst ausgeklagt werde.

Wendet man nun diese allgemeinen Grundsätze von der Verpfändung auf den besondern Fall an, wo eine ausstehende Forderung des Schuldners dem Gläubiger zum Pfande gegeben wurde, so scheint daraus zu folgen, daß auch eine solche verpfändete Forderung nicht sofort nach eingetretener Verfallzeit der Hauptschuld von dem Gläubiger als seiner Verfügung anheim gefallen betrachtet, daher nicht unmittelbar gegen den Schuldner des Schuldners eingeklagt, und, wenn ihr Gegenstand in Gelde besteht, dieses an Zahlungsstatt zurückbehalten werden könne, daß vielmehr zunächst der Hauptschuldner auf Erfüllung seiner Verbindlichkeit belangt, und erst, nachdem derselbe hierzu rechtskräftig verurtheilt worden, die verpfändete Forderung als Executionsmittel angegriffen, und selbst hierbei dem Schuldner des Schuldners, als drittem Inhaber des verpfändeten Gegenstandes, die Einrede der Excussion zugestanden werden müsse. Es scheint auch diese Folgerung um so gegründeter, da nach ausdrücklicher gesetzlichen Vorschrift[1]) ausstehende Forderungen im Wege der Execution erst ganz zuletzt, wenn weder Mobilien noch Immobilien in zureichender Menge vorhanden sind, und sich gar nichts anders vorfindet, was zu des Gläubigers Befriedigung dienen könnte, angegriffen werden dürfen.

Bei dem ganz eigenthümlichen Gesichtspuncte, unter welchen das römische Recht die Uebertragung und Verpfändung einer Schuldforderung in aller Beziehung stellt, erscheint jedoch die obige Schlußfolge als durchaus unrichtig.

Die Gesetze betrachten nämlich als Gegenstand einer solchen Uebertragung nicht das Object der Forderung selbst, die Sache oder Geldsumme, welche der Uebertragende zu fordern hat, sondern lediglich die aus der Forderung entspringende Klage, als Mittel, sich den Besitz dieses Objects zu verschaffen, zu welchem Ende derjenige, auf welchen die Forderung übertragen wurde, als procura-

1) l. 15. §, 2. 8. D. de re iudic. l. 2. C. quando fiscus.

tor in rem suam betrachtet wird. Ex nominis emtione, dominium rerum obligatarum ad emtorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, exemplo creditoris, persecutio tribuitur [2]). Und dies gilt nicht blos von der eigenthümlichen Uebertragung einer Forderung [3]), sondern eben so auch von der Verpfändung, wie schon die Worte des angeführten Gesetzes: exemplo creditoris, anzudeuten scheinen, aber noch viel klarer die l. 18. pr. D. de pign. act. beweist. Si convenerit, ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a praetore haec conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar, tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit, exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius, id, quod acceperis, erit tibi pignoris loco. Die Sache also, welche der Pfandgläubiger mit der gegen den Schuldner seines Schuldners angestellten Klage erlangt, ist eigentlich erst der Gegenstand des Pfandrechts, und daß, wenn diese Sache in einer Geldsumme besteht, diese nicht bloß zum Pfande dient, sondern alsbald zur Zahlung verwendet wird, erklärt sich theils aus der gleichartigen Natur fungibler Sachen, ubi tantundem est idem, theils aus den Grundsätzen von der Compensation. Daher wird es bei solchen Geldsummen ganz so betrachtet, als ob dem Pfandgläubiger die ihm überlassene Klage unmittelbar zu seiner Befriedigung competire, wie sich aus der hier vorzüglich zu beachtenden l. 4. C. quae res pignori ganz unzweifelhaft ergiebt. Si debitor satis non fecerit, cui tu credidisti, ille, cuius nomen tibi pignori datum est, — — utilibus actionibus satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur. Es ist auch dieses keineswegs das einzige Gesetz, welches dieser dem Faustpfandgläubiger in Ansehung der ihm verpfändeten Forderung utiliter zustehenden Klage gedenkt, vielmehr wird diese Klage auch in der l. 20. D. de pignorib. und l. 7. C. de hered. vel act. vend. als etwas so Bekanntes vorausgesetzt, daß beide Stellen sich nur mit der extensiven Anwendung derselben auf Anweisungen einer Forderung ohne Schuldschein und auf den Verkauf einer Forderung beschäftigen. — Ja, es wird sogar in der l. 30. §. 1. D. ad leg. aquil. einem jeden Pfandgläubiger die seinem Schuldner competirende Actio legis aquiliae wegen Beschädigung des Pfandes bis zum Betrag seiner Forderung utiliter zugestanden.

---

2) l. 8. C. de hered. vel act. vend.

3) womit auch die datio nominis in solutum und das legatum nominis in jener Hinsicht gleichstehen: l. 5. C. quando fisc. l. 18. C. de legat.

Daher stimmen denn auch alle Schriftsteller, welche diesen Gegenstand, besonders erwähnt haben, in dem Satze überein, daß der Verpfändung einer Schuldforderung die rechtliche Wirkung beiwohne, daß der Pfandgläubiger, sobald ihn der Verpfänder nicht befriedigt, gegen dessen Schuldner actione utili auf Bezahlung der Schuld klagen könne [4]), und zwar vermöge besonderer gesetzlichen Ausnahme von der sonstigen Regel, daß man den Schuldner seines Schuldners nicht ohne vorgängige Cession belangen könne [5]); indem nämlich durch die Verpfändung der Forderung ein ius exigendi auf den Pfandgläubiger übertragen werde [6]), so daß die Verpfändung in ihren Folgen einer wirklichen Cession der Schuldklage gleich zu achten sei [7]).

Die Zweifelsgründe, welche hiergegen angeführt werden könnten, haben allerdings nach allgemeinen Principien Vieles für sich, sind jedoch mit Rücksicht auf die angeführten Gesetzstellen nicht schwer zu widerlegen. Die hauptsächlichsten sind: 1) man müsse diesen Fall nach den Grundsätzen von der Execution beurtheilen; es müsse also dem Angriff des Dritten ein den Hauptschuldner condemnirendes Urtheil vorausgehen, dessen Vollstreckung durch Einklagung der Forderung des Schuldners an einen Dritten gesucht werde. Allein, wenn nur dahin die Absicht jener vielfach übereinstimmenden Gesetze gienge, so wäre die darin der Verpfändung speciell beigelegte Wirkung des Uebergangs einer actio utilis, d. h. der nämlichen Klage, welche als directa dem Verpfänder zusteht [8]), durchaus ohne allen Erfolg; denn auf dem gewöhnlichen Wege der Execution kann jeder Gläubiger, ohne alle vorhergangene Verpfändung, zur Klage gegen den Schuldner seines Schuldners gelangen, wie die l. 2. C. quando fisc. vel priv. klar ergiebt, und selbst dem Richter steht es im gewöhnlichen Executionsverfahren frei, ob er den Verkauf der Forderung verfügen oder sie

---

4) Erxleben de iure pignorum. §. 138. Westphal Pfandrecht §. 141. Glück Erläuterung der Pandekten. Th. XIV. §. 863. v. Wening Lehrbuch des gem. Civilrechts. Buch 2. §. 169.

5) Brunnemann ad l. 4. C. quae res pign. Sande decisiones. Lib. 3. tit. 12. def. 24. Müller ad Struvii syntagma iur. civ. Ex. 26. th. 18. lit. y.

6) Mevii decisiones. P. 9. dec. 168. Gesterding Pfandrecht. §. 4.

7) Westphal a. a. O. Quisdorp rechtliche Bemerkungen. Th. I. N. 42. Mühlenbruch von der Cession der Forderungs-Rechte. §. 52. S. 483.

8) Gesterding a. a. O. S. 52.

unmittelbar von dem Schuldner betreiben will [9]). Demnach hätte die Verpfändung einer Forderung gar keine ihr eigene Wirkungen, die ihr doch jene Gesetzstellen offenbar beilegen wollen. — 2) Es werde oft eine weit größere Forderung, als das Hauptcapital, zum Unterpfande eingelegt; eine solche einzuklagen, könne man aber doch den Pfandgläubiger nicht ermächtigt halten, auch gehe es nicht wohl an, Letzteren zum Beweise des Betrags seiner Forderung gegen den Dritten zuzulassen. Diesen beiden Bedenklichkeiten begegnet aber schon die bestimmte Vorschrift der l. 4. C. quae res pign.: ille, cuius nomen pignori tibi datum est, satis tibi facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris, compelletur. — 3) Es könne sein, daß der Hauptschuldner, wenn er gehört werde, die Bezahlung seiner Schuld nachweisen könne. Allein, wenn er Zahlung geleistet und dennoch dem Pfandgläubiger den ihn zur Klage legitimirenden Schuldschein in den Händen gelassen hätte, so trüge er nur die Folgen seiner eignen Schuld, und man kann hier gewiß analog Dasjenige gegen ihn geltend machen, was die l. 4. C. cit. von dem Falle sagt, wo der Dritte nach der Verpfändung noch an seinen ursprünglichen Gläubiger Zahlung leistete, daß nämlich dieses dem Pfandgläubiger, wenn er versäumte, den Dritten von der Verpfändung zu benachrichtigen, seine Klage gegen diesen nimmt; welche Verfügung übrigens einen neuen Grund der Gleichstellung der Verpfändung einer Forderung mit deren Cession, zufolge der l. 3. C. de novat., enthält. — Endlich 4) kann noch ein Zweifelsgrund nicht unberührt bleiben, wozu hauptsächlich Westphal a. a. O. Veranlassung giebt, nämlich, ob nicht wenigstens das beneficium excussionis hier zur Anwendung kommen müsse? welches derselbe bejahet. Allein auch dieses kann ich nicht dafür halten, weil nicht nur kein einziges der angeführten Gesetze davon etwas sagt, sondern auch der vorliegende Fall sich gar nicht zur Anwendung des benef. excussionis eignet, theils weil der Dritte jedenfalls erst dann von dem Pfandgläubiger belangt werden kann, wenn seine Schuld fällig ist, unter dieser Voraussetzung aber derselbe kein Interesse dabei hat, an wen er zahlt, sobald nur der Kläger zum Empfang legitimirt ist, dem Hauptschuldner aber nie das beneficium excussionis zusteht; theils, weil die Klage, womit der Dritte belangt wird, die nämliche ist, welche seinem Gläubiger zustand, und die an dessen Stelle von dem Pfandgläubiger ex conventione [10]) ausgeübt wird. Gegen Westphals Meinung erklärt sich ganz ausdrücklich v. Wening [11]),

9) l. 15. §. 10. D. de re iudic.
10) l. 18 pr. D. de pign. act.
11) a. a. O., mit Beziehung auf Faber de err. pragmat. Dec. 5. err. 10.

indem er annimmt, daß die Einrede der Excussion gegen die Klage des Pfandgläubigers nicht statt finde. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Dritte, dessen Schuld verpfändet worden, nicht eher von jenem belangt werden könne, bis diese Schuld fällig ist, wenn gleich die Schuld des Verpfänders längst schon fällig geworden wäre; daher ist es ganz richtig, wenn J. H. Böhmer [12]) den Fall, wo dem Pfändgläubiger die Beitreibung der verpfändeten Schuldforderung gestattet ist, durch die Voraussetzung bedingt, daß entweder der Verfalltag derselben wirklich verflossen, oder sonst der debitor in mora ist.

Die obigen Grundsätze kamen bei dem Oberappellations-Gerichte zu Cassel zur Anwendung.

XVIII.

Von dem wesentlichen Unterschiede und den Kennzeichen des Modus und der Conditio, insonderheit bei Legaten. *)

Es ist eine der schwierigsten Aufgaben für die Praxis, solche Begriffe, die in der Sprache des gemeinen Lebens und daher auch im Gebrauche bei der Abschließung von Rechtsgeschäften und den schriftlichen Aufsätzen über solche mit einerlei Worten bezeichnet werden, obgleich sie ihren rechtlichen Wirkungen nach aufs Wesentlichste von einander verschieden sind, in demjenigen Sinne zu deuten, welcher ihnen nach der Absicht dessen, von welchem sie gebraucht wurden, in der That zukommt, und gar oft wird man sich in dem Falle befinden, über diesen Punkt ein juristisches Urtheil zu fällen, welches die über die Absicht des Disponenten noch übrigen Zweifel keineswegs beseitigt. In vorzüglich hohem Grade gilt diese Bemerkung von dem Ausdrucke: Bedingung, besonders wenn er in letzten Willens-Verordnungen vorkommt. Dieser Ausdruck bezeichnet nämlich sowohl die Conditio im engern Sinne, als den Modus, des römischen Rechts, und für Letzteren fehlt es im gemeinen Sprachgebrauche sogar gänzlich an einem eigenthümlichen Aus-

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. I. Römisches Privatrecht. S. 24 — 31.

12) consultationes. T. II. P. I. resp. 406. n. 18.

drucke, indem der in der neueren Zeit üblich gewordene: Zweckbestimmung, abgesehen von der nachher zu erwähnenden Ungenauigkeit, noch nicht einmal allgemein in die juristische Sprache aufgenommen, vielmehr vorerst nur als der literarischen angehörig zu betrachten ist. Jener gleichförmigen Bezeichnung ungeachtet erhält indessen die mit einer Bedingung versehene Verfügung eine gänzlich verschiedene Deutung, je nachdem man mit diesem Ausdrucke den rechtlichen Begriff einer Conditio im engern Sinne oder eines Modus verbindet, in welcher Hinsicht ich hier vorerst nur die wesentlichste Verschiedenheit in den Wirkungen beider bemerklich mache, daß nämlich das Hinzufügen einer Bedingung im ersteren Sinne, insonderheit einer suspensiven, den Erwerb des durch die Verfügung begründeten Rechts so lange gänzlich verhindert, als nicht das bedingende Ereigniß wirklich eingetreten ist; im letzteren Sinne hingegen dem sofortigen Rechtserwerbe nicht im Wege steht, daher in diesem Falle auch eine Transmission auf die Erben statt findet, in jenem nicht. — Diese Verschiedenheit der Wirkungen, von welcher nachher noch specieller die Rede sein wird, ist ganz unzweifelhaft, wenn man in einem gegebenen Falle darüber Gewißheit hat, daß die einer Verfügung hinzugefügte Bedingung entweder ein modus, oder daß sie eine conditio im engeren Sinne sei; allein um hierüber zur Gewißheit zu gelangen, reicht die bloße Ansicht des Inhalts und der Wortfassung der auszulegenden Verfügung nur selten hin, wenn man nicht mit den innern, diese beiden Rechtsbegriffe in ihrer Verschiedenheit von einander characterisirenden, Merkmalen genau bekannt ist, und die gerade vorliegende Bedingung einer genauen Prüfung hiernach unterwirft.

Untersuchen wir nun vorerst, was unter modus im rechtlichen Sinne verstanden werde, so wird sich hieraus gar leicht durch bloße Folgerung ergeben, wann, im Gegensatze zu demselben, die eigentliche conditio vorhanden sei. Mehrere Schriftsteller finden das unterscheidende Kennzeichen des modus lediglich darin, daß durch denselben ein Zweck ausgedrückt werde, zu welchem der Gegenstand der Verfügung verwendet werden soll [1]), und hierin haben dieselben eine Menge gesetzlicher Beispiele für sich, in denen ein Gegenstand mit der Bestimmung einem Andern geschenkt oder vermacht wird, ut ex eo aliquid faciat aut det. [2]). Wäre dieses rich-

---

1) Thibaut Syst. d. Pandektenrechts. Th. I. §. 130. — Auch von dem Merkmale der Verwendung ausgehend, jedoch in etwas weiterem Umfange, definirt den modus Makeldey im Lehrb. d. röm. Rechts. §. 161 a. Gleicher Meinung scheint Glück in der Erläut. d. Pand. Th. IV. §. 336, zu seyn.

2) l. 17. §. 4. D. de cond. et dem. l. 2. C. de his quae sub

tig, so könnte die Anwendung keine Schwierigkeit haben; allein gar leicht lassen sich noch eben so viele gesetzliche Beispiele aufzählen, in welchen ein modus im rechtlichen Sinne vorkommt, ohne daß dabei von einer Verwendung zu einem bestimmten Zwecke nur die Rede ist, wie nachher noch gezeigt werden wird. Man muß daher das charakteristische Merkmal des modus in etwas Anderem aufsuchen. Und darauf scheint mir schon die grammatische Bedeutung von modus hinzuführen, deren Anwendung noch mehr in die Augen fällt, wenn man den mit einem modus versehenen Verfügungen und insonderheit Legaten die Benennung modificirter Legate beilegt, so wie man die mit einer eigentlichen Bedingung versehenen bedingte Legate zu nennen pflegt. Unter modificirten Legaten würde man nach dieser ihrer grammatischen Bedeutung diejenigen zu verstehen haben, in Ansehung deren der Testator durch eine dem Legatar gemachte Auflage seine Liberalität beschränkt, indem er von dem Legatar eine Gegenleistung für das empfangene Legat fordert; dahingegen durch die Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses, beruhe dies auf äußeren Umständen, oder auf dem Willen des Legatars, abhängig gemacht wird. Hieraus ergiebt sich, daß der modus insonderheit mit der conditio potestativa darin zwar übereinstimmt, daß bei beiden eine Handlung des Legatars den Gegenstand der dem Legat beigefügten Nebenbestimmung ausmacht; zugleich aber geht daraus die wesentliche Verschiedenheit beider hervor, daß durch den modus der Legatar zur Vornahme einer Handlung verpflichtet, bei der conditio hingegen diese Handlung als etwas noch Ungewisses vorausgesetzt wird; diese Verschiedenheit bleibt, wenn gleich die Nebenbestimmung auf das nemliche Factum gerichtet, ja selbst, wenn in einem wie dem anderen Falle der, für beides gewöhnliche, Ausdruck: Bedingung, gebraucht worden ist, z. B. wenn der Testator das Legat vermacht, entweder mit der Bedingung (d. h. zu dem Zwecke), daß der Legatar ihm ein Denkmal setze, oder mit der Bedingung (d. h. auf den Fall), wenn ihm von dem Legatar ein Denkmal gesetzt seyn werde. Bei Hinzufügung jener ersteren Bestimmung, als modus, will der Testator den Zweck eines ihm zu setzenden Denkmals durch den Legatar erreichen; er legt ihm das zu diesem Zweck dienende Factum als Verbindlichkeit auf; das Legat wird dahin modificirt, daß der Legatar für den Empfang des Legats diese Gegenleistung übernehme; dahingegen jene letztere Bestimmung, als conditio,

---

modo. l. 16. D. de us. et usufr. l. 1. C. de donat. quae sub modo. l. 2. §. 7. D. de donationib. l. 22. C. eod.

nur von der Möglichkeit oder Erwartung, daß der Legatar ein Denkmal setzen werde, ausgeht, dieses Factum als ein von dessen Willkühr abhängendes Ereigniß voraussetzt, und das Legat dadurch bedingt, daß der Legatar das vorausgesetzte Factum wirklich vornehme; in diesem Falle erscheint also das Legat gewissermaßen als Vergeltung für das in der Bedingung liegende Factum, in jenem das in dem modus liegende Factum als theilweise Vergeltung für das Legat.

Diese Ansicht stimmt auch mit den Gesetzen und deren Interpretation durch angesehene juristische Schriftsteller vollkommen überein. Am genauesten bestimmt in dieser Hinsicht Hugo [3]) die Begriffe von modus und conditio, indem er unter letzterer eine äußere als zufällig angesehene Begebenheit versteht, ersteren aber als Einschränkung, welche einem Vermächtnisse oder Geschenke beigefügt worden, bezeichnet. **Modus enim latine idem valet, quod quantitas, ita modus obligationis dicitur, ut consideretur, quantum in ea sit** [4]). **Dicitur modus a moderando, quod moderetur dispositionem seu promissionem** [5]). In diesem Sinne heißt es in der **l. 4. §. 1. D. de servit.**, in ausdrücklichem Gegensatze zur **conditio: modum adjici servitutibus posse constat, veluti quo genere vehiculi agatur etc.** Daher bestimmt Hofacker [6]) den Unterschied des **modus** und der **conditio** dahin: **exprimitur modus verbis disponentibus, ut ab altero fieri aliquid vel non fieri debeat, eoque respectu differt a conditione, quae nihil disponit, sed eventum aliquem exprimit, in quem disponitur.** — Einen klaren Beleg hierzu giebt die **l. 80. D. de cond. et dem.**, welche auch allgemein als die hauptsächlichste Beweisstelle allegirt wird: **non parem dicemus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, ut monumentum faciat.** Letzteres, wodurch der **modus** ausgedrückt wird, bringt die Handlung des Legatars in unmittelbare Beziehung auf den Willen des Testators, und macht sie zu einem Bestandtheile seiner Disposition. **Qui adjecit modum negotio, is statim vult, negotium valere, sed tantum vult amplius, ut aliquid postea fiat, ad quod alter accipiens tenetur** [7]). Die hieraus entstehende Verbindlichkeit, der beigefügten Einschränkung zu genügen, drückt, in specieller Beziehung auf Liberalitäten, die **l. 8. C. de condict. ob caus. dat.**

---

3) Lehrbuch des römischen Rechts. §. 60. 61.

4) Giphanius lecturae ad digesta. Lib. 44. tit. 4. lex 44. n. 53.

5) Müller ad Struv. Exerc. 29. th. 5. not. y.

6) principia iuris civilis. T. I. §. 197.

7) Gipmanius l. c. n. 9.

durch dictam legem donationi vel liberalitati aus[8]) — Die Bedingung im engeren Sinne hingegen legt nie eine Verbindlichkeit auf[9]); non potest agi, ut conditio impleatur[10]). Bemerkenswerth ist in dieser Hinsicht die Erklärung des Cujaz[11]): qui sic loquitur: lego tibi fundum, si Titio dederis decem, non valde vult, Titio dari decem, sed id relinquit in arbitrio et potestate tua; qui vero sic loquitur: lego tibi fundum ita, ut des Titio decem, valde vult, Titio dari decem. Daß hiernach der modus nichts anders, als, vom Gesichtspuncte des Testators aus betrachtet, eine causa legati in futurum collata, vom Gesichtspuncte des Honorirten aus, eine Gegenleistung für die erhaltne Liberalität sei, führt besonders deutlich Hübner[12]) in folgender Stelle[13]) aus: Iam qui leget vel alia ad memoriam forte conservandam aut ad funus pertinentia iubeat, exploratum est, ea iubere, quae ab herede, hereditatis acceptae causa, dari fierive velit; quod dum facit, quid aliud faciat, quam ut heredem cum modo, sive cum causa legandi in futurum collata, institutioni adjuncta, et hereditatem minime suspendente, scribat? Habes enim, qui det, immo qui sic det, ut, qui accipit, similiter det vel faciat. Hieraus erklärt sich die Vergleichung der donatio sub modo mit der donatio remuneratoria bei Giphanius[14]), indem nemlich erstere alsdann vorhanden ist, si causa ad praeteritum referatur, letztere si in futurum refertur.

Ganz unwesentlich ist es hierbei, daß die Gegenleistung des Legatars in einer Verwendung des legirten Gegenstandes selbst zu dem vom Testator bestimmten Zwecke geschehe, indem der modus auch jede andere mit jenem Gegenstande in keiner Verbindung stehende Auflage enthalten kann. So wird in der l. 19. D. de legat. III. das Beispiel angeführt: si tibi legatum est, ut quid facias, ohne alle nähere Bestimmung, und in dem Falle der l. 1. C. de his quae sub modo bestand der modus darin, daß die Beschenkte heirathen sollte[15]); auch enthalten die Gesetze so-

---

8) ebenso l. 9. l. 22. C. de donationib. l. 3. C. de contr, emt.

9) Glück Erläut. d. Pand. Th. IV. §. 336. Not. 99.

10) l. 41. pr. D. de contr. emt.

11) observationes. Lib. 14. cap. 25.

12) disputationes juris civilis. Cap. 10.

13) p. 121.

14) in lectura ad Codicem. Lib. 8. tit. 54. n. I.

15) noch andere Fälle in der l. 71. §. 1. 2. D. de cond. et dem.

gar Beispiele von Unterlassungshandlungen als Gegenstand des modus [16]). Daher definirt Schweppe [17]) den modus im Allgemeinen dahin, daß er jede bei Ueberlassung einer Sache an Andere über deren Verwendung oder sonst Etwas gemachte Vorschrift sei, und v. Wening [18]) durch die Nebenbestimmung, welche bei der Ertheilung eines Rechts über den Zweck, oder was sonst der Empfänger thun oder lassen soll, gemacht wird; daher derselbe auch modus durch Auflage übersetzt. Das non fieri insonderheit nimmt auch Hofacker [19]) in den Begriff des modus mit auf. — Das Entscheidende ist demnach immer und allein der ausgedrückte Wille des Testators, daß der Legatar eine gewisse Handlung vornehme, und die hieraus entstehende Verpflichtung des Letzteren zu dieser Handlung; die hierauf sich beziehenden gesetzlichen Ausdrücke sind: secundum defuncti voluntatem — voluntati testatoris parere — voluntati testatoris parere compelli [20]); wohingegen bei eigentlichen Bedingungen, ubi non potest agi, ut conditio impleatur, das bedingende Ereigniß stets als etwas Geschehenes vorausgesetzt, und daher im gesetzlichen Ausdrucke stets das Präteritum: fuerit, dederit, nupserit, gebraucht wird, selbst wenn der Gegenstand in einer Handlung des Legatars, wobei der Testator selbst ein Interesse hat, besteht; wie solches im Allgemeinen mit dem ganzen Pandektentitel de conditionibus et demonstrationibus zu belegen steht, und für den erwähnten speciellen Fall insonderheit aus §. 31. I. de legat. u. l. 80. D. de coud. et dem. sich ergiebt. Als ein äußeres Unterscheidungszeichen des modus ist daher auch der Gebrauch der Partikel: daß, nicht wenn, zu betrachten, was von den meisten Rechtsgelehrten ausdrücklich als solches anerkannt wird, nam conjunctio: si conditionem, particula vero: ut modum importat [21]); und dafür giebt die l. 80. D. de cond. et dem. eine gesetzliche Autorität. In zweifelhaften Fällen ist für den modus und gegen die conditio zu vermuthen, nach der allgemeinen Präsumption für den Rechtsbestand und vollen

---

16) l. 69. §. 3. D. de legat. III.

17) röm. Privatr. §. 121.

18) Lehrb. des Civilr. B. I. §. 142.

19) l. c.

20) l. 17. D. de usu et usufr. l. 1. C. de don. quae sub mod. l. 8. §. 7. D. de cond. instit. l. 21. §. 3. D. de ann. leg.

21) Perez comm. ad Cod. Lib. 6. tit. 45. Giphanius l. c Cuiacius l. c. Lauterbach colleg. pand. Lib. 2. tit. 14. §. 89.

Effect eines jeden Rechtsgeschäfts, welcher bei einer dispositio modalis gewiß, bei der conditionalis aber völlig unsicher ist[22]).

Wo nun aber ein modus in diesem Sinne als vorhanden anzunehmen ist, da leidet es, rücksichtlich der juristischen Wirkung, keinen Zweifel, daß die Disposition, welcher derselbe beigefügt wurde, eine an sich unbedingte ist, und der modus nur eine Nebenverpflichtung für den Honorirten bewirkt[23]), daß daher, insonderheit bei Vermächtnissen, der Erwerb des Rechtes nicht suspendirt wird, und der Honorirte nur wegen Erfüllung des modus Caution zu leisten schuldig ist[24]), daß es jedoch demselben nicht schadet, wenn die Erfüllung ohne seine Schuld verhindert wurde[25]). Einigen Zweifel an der Verschiedenheit der juristischen Wirkung eines sub conditione oder sub modo vermachten Legats scheinen nun zwar die Worte der l. 1. C. de his quae sub modo: in legatis quidem etiam modus adscriptus pro conditione servatur, zu veranlassen; es ist jedoch längst von den bewährtesten Schriftstellern klar nachgewiesen worden, daß diese, in solcher Allgemeinheit anderen speciell verfügenden Gesetzen geradezu widersprechende, Verfügung nichts weiter, als eine Gleichstellung des modus und der conditio in der Kraft der Verbindlichkeit an und für sich betrachtet, praecipue implementi intuitu, quatenus scilicet modus generaliter adiectus aeque ac conditio impleri debet[26]), enthalte, ohne daß dadurch die sonstige specifische Verschiedenheit beider aufgehoben würde[27]).

Die bisher entwickelten Grundsätze kamen bei dem Oberapellationsgerichte zu Cassel zur Anwendung.

---

22) Voetius comm. ad Pand. Lib. 35. tit. 1. §. 14. Glück a. a. O. v. Wening a. a. O. §. 143.

23) l. 17. §. 2. l. 44. D. de manum. testam. Thibaut Pandektenr. Th. I. §. 130.

24) l. 19. D. de legat. III. l. 40. §. 5. l. 80. D. de cond. et dem.

25) l. 1. C. de his quae sub modo. Schweppe röm. Privatr. §. 799.

26) Voet. l. c. §. 13.

27) Donellus comm. iur. civ. Lib. 8. cap. 17. Cuiacius l. c. Lauterbach l. c.

XIX.

Das gesetzliche Pfandrecht, welches die Kinder an dem Vermögen ihres Vaters wegen des unter seiner Verwaltung stehenden eignen Vermögens derselben haben, bezieht sich nur auf die von der Mutter und den mütterlichen Ascendenten, nicht auch auf die von den mütterlichen Seitenverwandten, ihnen zugefallenen Gegenstände. *)

Zu den bedeutenderen Controversen des römischen Rechts gehört auch die Frage, deren Beantwortung den Gegenstand dieser Erörterung ausmacht [1]), wiewohl sich, besonders in der neueren Zeit, eine überwiegende Stimmenmehrheit unter den juristischen Schriftstellern für diejenige Ansicht entschieden hat, welche auch hier als die richtigere aufgestellt wird. Mehrere derselben erscheinen als neutral bei diesem Streite, indem sie nur angeben, daß den Kindern ein gesetzliches Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters wegen ihrer bona materna et materni generis zustehe [2]), ohne sich darüber, in welcher Ausdehnung des Begriff der bona materni generis zu verstehen sei, näher zu erklären. Unter denjenigen, welche sich gegen die Beschränkung dieses gesetzlichen Ausdrucks auf die von der Mutter oder mütterlichen Ascendenten herrührenden Güter erklären, bezeugen einige nur die ihnen bekannte Praxis, ohne selbst damit einverstanden zu seyn [3]); unter den übrigen gehen mehrere allerdings so weit, den Kindern ein gesetzliches Pfand-

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. I. Römisches Privatrecht S. 34 — 37.

1) Walch ius civ. controv. Sect. IV. cap. 3. membr. 2. subsect. 2. §. 21.

2) Hoeacker princ. iur. civ. T. II. §. 1182. Günther princ. iur. rom. T. II. §. 676. Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts. §. 370.

3) Hellfeld iurispr. forens. T. II. §. 1088. Not. ††††. Wernher observ. forens. T. I. P. I. obs. 19.

recht wegen aller unter des Vaters Verwaltung stehender bona adventitia, ohne Unterschied, zuzugestehen [4]), andre hingegen mißbilligen zwar eine so weite Ausdehnung, wollen jedoch auch Güter, welche von den mütterlichen Verwandten überhaupt herrühren, unter dem Ausdrucke: bona materni generis, begriffen halten [5]). Es hat indessen jene noch beschränktere Deutung auf solche Güter, welche den Kindern von ihrer Mutter oder mütterlichen Ascendenten zugefallen sind, längst schon einzelne Vertheidiger gefunden [6]), ehe sie noch, wie man von der jetzigen Zeit wohl annehmen kann, zur herrschenden geworden ist; doch bedarf sie eigentlich der Autoritäten nicht, da es ihr an einer sichern theoretischen Begründung nicht fehlt.

Nach dem älteren römischen Rechte konnten Kinder in väterlicher Gewalt durchaus nichts Eigenthümliches besitzen; Alles, was sie erwarben, erwarben sie dem Vater, welcher frei darüber verfügen und solches veräussern konnte. Von dieser allgemeinen Regel machte, nachdem sich schon früher eine Abweichung in Ansehung des peculium castrense gebildet hatte, Kaiser Constantin in l. 1. C. de bonis maternis et materni generis, eine Ausnahme in Ansehung derjenigen Sachen, welche den Kindern von ihrer Mutter zufallen (res maternae), indem deren Eigenthum den Kindern erworben und nur der Nießbrauch und die Verwaltung dem Vater zustehen sollte; eben dieses verfügten sodann die Kaiser Honorius und Arcadius in l. 2. C. eod. von Demjenigen, quidquid avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes, nepoti, nepti, pronepoti, pronepti, testamento, fideicommisso, legato, donatione, vel alio quolibet titulo largitatis, vel etiam intestati successione, contulerunt (bona materni generis). Zur Sicherung sowohl jener, als dieser Gegenstände — substantia materna vel ex materna linea ad eos devoluta — welche der Va-

---

4) Struv. synt. iur. civil. Ex. 26. §. 15 ibique Müller lit. λ. Meier colleg. iur. argent. Lib. 20. tit. 2. §. 9. Stryk us. mod. pand. Lib. 20. tit. 2. §. 10. Westenberg princ. iur. digest. Lib. 20. tit. 2. §. 12. lit. γ. Berger oecon. iur. Lib. 2. tit. 5. §. 3. lit. δ.

5) Gmelin Ordn. d. Gläub. im Gantproceß. Cap. 4. §. 18. Hufeland Lehrb. d. Civilrechts. Th. II. §. 943.

6) Leyser med. ad pand. Sp. 226. med. 4. Hellfeld in diss. de diverso pignoris iure liber. in bon. parent. comp. §. 17.; in opusc. p. 116. Struben rechtl. Bed. Th. III. Bed. 54. Höpfner Comment. zu den Instit. §. 719. Auch sind dahin wohl zu rechnen; Böhmer in iure eccl. protest. Lib. 3. tit. 42. §. 47. Lauterbach in coll. pand. Lib. 20. tit. 2. §. 56. sqq.

ter seinen Kindern zu erhalten verpflichtet ist, ertheilte nun Justinian in der l. 8. §. 5. C. de sec. nupt. den Kindern ein Pfandrecht an dem Vermögen des Vaters. Späterhin verordnete er weiter in der l. 6. C. de bon. quae libb., daß, so wie schon nach dem ältern Rechte viele Sachen, welche von aussen her den Kindern zufallen, namentlich die bona materna, dem Vater nicht erworben würden, eben dieses auch von allem Demjenigen gelten sollte, was den Kindern nicht aus dem Vermögen des Vaters, sondern ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eos perveniant, erworben wird; auch an diesen Sachen soll der Vater nur den Nießbrauch haben, das Eigenthum aber den Kindern ad exemplum maternarum rerum verbleiben. Dieser Verordnung aber wird sogleich die Einschränkung ausdrücklich beigefügt, ut in successione quidem earundem rerum, quae extrinsecus filiisfamilias adquiruntur, jura eadem observentur, quae in maternis rebus statuta sunt; non autem hypothecam filiifamilias adversus res patris viventis adhuc seu jam mortui sperare audeant.

Hiernach ist es völlig klar, daß das gesetzliche Pfandrecht der Kinder nur rücksichtlich der ihnen von der Mutter oder mütterlichen Ascendenten zugefallenen Gegenstände begründet sei, denn es wird 1) ihnen nur gegeben in Beziehung auf bona materna vel ex materna linea ad eos devoluta; hierunter aber ist nur die Linie der mütterlichen Ascendenten zu verstehen, weil mit dem Ausdrucke linea schon an und für sich im römischen Rechte die directe Linie gewöhnlich bezeichnet wird[7]), und insonderheit aus der Zusammenstellung der l. 2. C. de bon. mat. und l. 1. C. de bon. quae libb., wo namentlich von Ascendenten aus der mütterlichen Linie avus, avia, proavus, proavia, ex materna linea venientes — die Rede ist, diese nämliche Auslegung mit der obigen Anwendung hervorgehet; 2) es wird den Kindern jenes gesetzliche Pfandrecht ausdrücklich versagt bei extrinsecus erworbenen Gütern, im Gegensatze zu Dem, was in Ansehung der bona materna verordnet ist, unter welchen Letzteren man zwar wohl auch die von mütterlichen Ascendenten herrührenden (bona materni generis[8]), welche die Gesetze ausdrücklich den von der Mutter selbst herrührenden gleichstellen, keineswegs aber die von mütterlichen Seitenverwandten, deren eben diese Gesetze überall nicht gedenken, herrührenden, begriffen halten kann.

---

7) l. 9. D. de gradibus coll. l. 1. pr. eod. l. 10. §. 9. D. eod.

8) rubr. tt. C. de bon. mat. coll. l. 2. eod.

Der einzige Zweifelsgrund, welcher aus den Worten der l. 6. §. 4. C. de bon. quae libb. „cum tacitas hypothecas tam veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quam nos in maternis ceterisque donationibus“, entlehnt werden könnte, wird nach der obigen Interpretation noch zu einem Bestärkungsgrunde, wenn man nämlich diese bloß relativ redende, nichts Neues verordnende, Stelle auf die beiden Fälle der l. 1 und 2. C. de bon. mat. beziehet.

Mit dieser Ansicht stimmen, ausser den oben bereits angeführten, auch noch folgende der neuesten Schriftsteller: Thibaut [9]), Meisner [10]), Glück [11]), Schweppe [12]) und von Wening [13]) überein, und das Oberappellationsgericht zu Cassel hat dieselbe zur Anwendung gebracht.

XX.

Von der Unanwendbarkeit des anastasianischen Gesetzes 1) auf die Cession ungewisser Forderungen; 2) auf die zur Sicherheit für eine Darlehnsschuld geschehene Cession; 3) auf den Verkauf von Staatsobligationen. *)

I. Das anastasianische Gesetz, oder die vom Kaiser Anastas herrührende l. 22. C. mandati, so wie sie von Justinian in der l. 23. C. eod. ausdrücklich bestätigt und gegen beabsichtigte Umgehung noch mehr gesichert worden ist, verordnet ganz allgemein: **Ut ne quis alienum subeat debitum, cessione in eum facta, et ne amplius a debitore consequatur his, quae praestitit cessionis auctori!** Ja es wird diese Allgemeinheit der Verordnung an und für sich dadurch noch bestärkt, daß Justinian einige von Anastas erwähnte Ausnahmsfälle ausdrücklich nur als solche, qui speci-

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen des Rechtswissenschaft v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. I. Römisches Privatrecht. S. 39 — 47.

9) Syst. d. Pandectenrechts. Th. II. §. 643.

10) vom stillschweigenden Pfandrechte. §. 132.

11) Erläuterung d. Pand. Th. XIX. §. 1088. S. 134.

12) röm. Privatrecht. §. 348.

13) Lehrb. d. Civilr. B. 2. §. 136.

aliter illa sanctione continentur, bezeichnet, mithin jede weitere Ausnahme hierdurch mißbilligt.

Dieß könnte man demnach auch von denjenigen annehmen, die, ohne in dem anastasianischen Gesetze speciell genannt zu seyn, doch aus der darin angeführten Veranlassung und dem Grunde desselben gefolgert werden zu müssen scheinen. Und so beurtheilen die meisten neueren Rechtsgelehrten insonderheit den Fall, wo eine ungewisse und zweifelhafte Forderung den Gegenstand der Cession ausmachte. Zufolge der Einleitung zu jener Verordnung waren es nämlich gerade indubitatae obligationes, welche der Gesetzgeber unmittelbar vor Augen hatte, und in Ansehung deren er voraussetzte, daß der ursprüngliche Gläubiger dieselben lieber selbst würde eingeklagt, als (um einen geringeren Preis) auf einen Anderen übertragen haben, weshalb eine solche Cession als Folge der Ueberredung von Seiten des Cessionars anzusehen sei. Auch deuten sogar einzelne Ausdrücke in dem verfügenden Theile des Gesetzes auf eine fortwährende Beziehung desselben auf dergleichen in der Einleitung erwähnte Forderungen und deren Cession hin, indem das Verbot selbst nur gegen Diejenigen gerichtet wird, welche tales cessiones — ejusmodi cessionem — sich zu verschaffen wissen. Dagegen aber bietet freilich Justinians neuere Verordnung, welche den Inhalt des anastasianischen Gesetzes so allgemein, wie die oben extrahirte Stelle ergiebt, in sich aufgenommen hat, keinen Stoff zu einer solchen Beschränkung dar, und gewährt vielmehr ein starkes Argument für deren gänzliche Verwerfung. Mit Rücksicht hierauf stellt daher Schweppe [1]) als unzweifelhaft den Satz auf: „die Mißlichkeit der Forderung, und das daher entstandene Risico des Erwerbers, kann natürlich nicht gegen das Gesetz schützen;“ und Glück [2]) nimmt an: „man öffne der Chicane offenbar den Weg aufs Neue, den ihr das Gesetz verschließen wollte, wenn man behaupte, der Preis, den der Cessionar für die erhandelte Schuld bezahlt habe, sei nicht bloß nach der Größe und dem Betrage der Schuldsumme zu beurtheilen, sondern dabei zugleich auf die Gewißheit und Sicherheit der Forderung, Leichtigkeit oder Schwierigkeit der Erhebung, so wie nicht minder auf die Umstände der Zeit und des Orts, Rücksicht zu nehmen.“ Hiermit stimmen im Allgemeinen auch v. Bülow und Hagemann [3]), Thibaut [4]) und v. Wening [5]) überein.

---

1) röm. Priv. Recht §. 402.
2) Erläut. d. Pand. Th. XVI. §. 1024. S. 466.
3) pract. Erörterungen. B. IV. N. 40.
4) Syst. d. Pandectenrechts. Th. I. §. 80.
5) Lehrbuch des Civilrechts. B. III. §. 150. N. u.

Von der anderen Seite sind jedoch mehrere, vorzüglich ältere, Schriftsteller der Meinung, daß die Anwendung des anastasianischen Gesetzes cessire, si quis debitum immaturum, hoc est, in futurum et certos terminos solvendum, praesenti emat pecunia, quamvis pretio summa debita minori [6]), oder wie Hofacker [7]) sich ausdrückt: in debito minus securo, inidoneo ob moram vel malitiam debitoris minus exigibili. Die als Grund einer Ausnahme vom Gesetze hier vorausgesetzte Unsicherheit muß jedoch, wie auch schon diese näheren Bezeichnungen ergeben, eine solche sein, welche in den besondern factischen Umständen des Schuldverhältnisses selbst begründet ist, es reicht aber dazu keineswegs schon diejenige Unsicherheit hin, welche davon herrührt, daß die Forderung erst eingeklagt werden muß, und also dem ungewissen Ausgange eines Processes überhaupt anheim fällt; denn gerade unter dem Gesichtspuncte der gerichtlichen Verfolgung verbietet das Gesetz die Cessionen, wie insonderheit die Ausdrücke: cessiones competentium actionum — redemtores litium alienarum — qui alienas subiit actiones — klar beweisen; daher auch Hofacker [8]) seiner obigen Aeußerung den allgemeinen Satz vorausschickt: nil interest, utrum nomen sit certum an incertum et controversum. — Sonstige Schriften, in welchen man die eine oder die andere Meinung über die obige Hauptfrage vertheidigt findet, hat Glück [9]) in reichlicher Anzahl verzeichnet. Eine besondere Modification der Anwendung des anastasianischen Gesetzes auf unsichere Forderungen schlagen Müller [10]) und Günther [11]) dahin vor, daß nur bei der Beurtheilung der Verhältnißmäßigkeit des Preises auf die Unsicherheit der Forderung Rücksicht genommen werde, wohin auch Hofacker sich zu neigen scheint.

Der kurhessische Gerichtsgebrauch hat sich über diese sehr streitige Rechtsfrage schon in der früheren Zeit für die eingeschränktere Auslegung und Anwendung des anastasianischen Gesetzes ausgesprochen, und dieser Praxis ist man auch noch in der neuesten Zeit bei dem höchsten Tribunale gefolgt, hauptsächlich auch mit Rücksicht auf die Oberappellationsgerichts-Ordnung, welche Tit.

---

6) Lauterbach colleg. pand. Lib. 18. tit. 4. §. 65.

7) princ. iur. civil. T. IV. §. 1954.

8) l. c. §. 1953.

9) a. a. O. Not. 5. u. 6.

10) ad Struvii synt. Exerc. 23. th. 81 not. β. n. II.

11) princ. iur. rom. T. II. §. 980.

V. §. 13.[12]) die Vorschrift enthält: es solle, damit aller Ungleichheit in Entscheidung der Rechtssachen vorgebeugt, und, soviel nur immer möglich, ein ius certum eingeführt werden möge, Dasjenige, was über die unter den Rechtsgelehrten ganz streitigen Meinungen hier im Lande angenommen sei, so lange zum Grunde genommen werden, bis von Seiten des Landesherrn ein Anderes verordnet werde. — Schon darin, daß man angenommen hat, es falle „die sonderbare Disposition des vornehmlich ad refrenandas illicitas litium redemtiones abzweckenden legis anastasianae" hinweg, wenn „das Hauptrequisitum der in diesem lege verbotenen Cessionen, nämlich animus vexandi debitorem et fraudulenta circumductio", unerfindlich sei[13]), ist offenbar der Weg gebahnt zu dem Folgesatze, daß das anastasianische Gesetz insonderheit auch auf den Fall, wo wegen Mißlichkeit der Forderung ein geringerer Preis verabredet wurde, keine Anwendung finde, indem durch jene Entscheidung einmal festgesetzt ist, daß das Gesetz nicht nach seiner unbedingten Dispositive, sondern nach dem veranlassenden Grunde, also mit Rücksicht auf die factischen Umstände eines jeden einzelnen Falles, anzuwenden sei, welche Beschränkung es eben ist, die von den neueren Rechtsgelehrten gänzlich verworfen wird[14]). Ausserdem ist aber auch der Grundsatz selbst, daß auf die Cession solcher Forderungen, welche mit besonderen Schwierigkeiten in der Beitreibung verbunden sind, das anastasianische Gesetz keine Anwendung leide, in einer späteren Entscheidung, mit Beziehung auf jene frühere, ausdrücklich anerkannt worden[15]). Ein Beleg für die dermalige, hiermit übereinstimmende, Praxis des Oberappellationsgerichts wird hiernächst mitgetheilt werden.

II. Unter die Ausnahmsfälle, welche man in der l. 22. C. mandati speciell ausgedrückt findet, gehört auch die wegen einer Schuld des Cedenten an seinen Gläubiger geschehene Cession; exceptis scilicet cessionibus, quascunque vel creditor, vel is, qui res aliquas possidet, pro debito, seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione, accepit. Daß hiernach, wenn die Schuld des Cedenten der Cession schon vorausgieng, und diese als Tilgungsmittel von jener vorgenommen wurde, mithin darin eigentlich eine datio in solutum enthalten ist, die Vorschrift des anastasianischen Gesetzes keine Anwendung leide, möchte kaum

---

12) Sammlung der Landesordnungen. B. IV. S. 926.

13) Decisiones. T. I. dec. 41,

14) Thibaut und Glück a. a. O. Mühlenbruch von der Cession der Forderungsrechte. §. 53. S. 52.

15) Decisiones. T. III. dec. 30. n. 14—17.

zu bezweifeln sein [16]); wiewohl einige Schriftsteller [17]), und unter diesen sogar Voet [18]), das Gegentheil behaupten. Allein viel bedenklicher dürfte es seyn, ob auch alsdann, wenn die Schuld gleichzeitig mit der Cession entstanden ist, wenn insonderheit bei einer Darlehnsschuld das Darlehn mit der Cession in einem Geschäft verbunden, auch das Bekenntniß des Schuldners über den Empfang der dargeliehenen Summe und die Cession einer diesem zustehenden Forderung an den Gläubiger in einer Urkunde enthalten ist, jene gesetzliche Vorschrift zur Anwendung komme. Die eigenthümliche Natur einer Cession, wie sie das anastasianische Gesetz bei seinem Verbote voraussetzt, muß hierüber entscheiden. Eine Cession in dem Sinne dieses Gesetzes ist nichts anders, als der Verkauf einer Schuldforderung; sie enthält also, dieser ihrer Eigenschaft zufolge, wesentlich die gänzliche Uebertragung der Forderung auf den Cessionar oder Käufer, welcher dadurch völliger Eigenthümer der cedirten Forderung wird; auf diese Uebertragung und die Gegenleistung des verabredeten Preises beschränken sich die wechselseitigen Verbindlichkeiten beider Contrahenten, ein Verhältniß von Gläubiger und Schuldner, ausser wegen dieser Verbindlichkeiten, insonderheit die Fortdauer eines solchen Verhältnisses, nachdem letztere erfüllt worden, ist dabei gar nicht gedenkbar. Würde nun ein solcher Verkauf einer Forderung mit dem Darlehnsgeschäft verbunden, so daß die cedirte Forderung das Aequivalent der dargeliehenen Summe ausmachte, und nach erfolgter Cession keine Schuldverbindlichkeit des Cedenten aus dem Darlehnsgeschäft übrig bliebe, dann würde, wenn man hierauf das anastasianische Gesetz nicht anwenden wollte, dadurch eine absichtliche Umgehung dieses Gesetzes offenbar gebilligt werden, welches mit der Prohibitiv-Qualität desselben unverträglich sein würde. Wenn hingegen die mit dem Darlehnsgeschäft verbundene Cession nach dem Zwecke der Contrahenten nur die Stelle einer Sicherungs-Maaßregel vertritt, also der Cedent fortwährend in der durch das Darlehn begründeten Schuldverbindlichkeit bleibt, auf welche die Cession nur folgerungsweise und accessorisch einwirkt, dann kann hier von der Anwendung des anastasianischen Gesetzes keine Rede sein, denn in der That ist es keine Cession im Sinne dieses Gesetzes, was hier vorliegt, sondern eine Verpfändung der Forderung, welche nur mit den Namen einer Cession belegt wurde, für welchen minder genauen Sprachgebrauch die nahe Verwandtschaft beider sogar

16) Glück a. a. O. §. 1025. Mühlenbruch a. a. O. S. 490.
17) bei Glück §. 1024. Not. 4.
18) comment. ad Pand. Lib. 18. tit. 4. §. 18.

einen juristischen Erklärungsgrund abgiebt, indem nämlich die Verpfändung einer Forderung in so fern stets die Wirkung einer Cession hat, als der Gläubiger dadurch das Recht erhält, die verpfändete Forderung unmittelbar von dem dritten Schuldner beizutreiben[19]), in welcher Hinsicht beide Geschäfte in den Gesetzen selbst einander völlig gleichgestellt werden[20]). — Die Anwendung des anastasianischen Gesetzes auf einen solchen Fall würde nicht anders, als mittelst extensiver Interpretation desselben, geschehen können; einer solchen aber steht entgegen, daß die in diesem Gesetze enthaltene Verfügung dem freien Geldverkehr sehr lästige Fesseln anlegt, der Mißbrauch aber, durch welchen sie ursprünglich veranlaßt wurde, bei den gegenwärtigen so durchaus veränderten Verhältnissen nicht mehr in gleichem Grade, wie ehedem, zu besorgen ist; daher denn auch diejenigen Schriftsteller, welche sonst der heutigen Anwendung desselben in seiner vollen Strenge das Wort reden, dennoch darin einverstanden sind, daß jene „an sich immer exorbitante" Verfügung keine ausdehnende Erklärung zulasse[21]).

III. Auch diejenigen besonderen Gattungen von Schuldverschreibungen, welche den Römern völlig unbekannt waren, und deren eigenthümliche Beschaffenheit es mit sich bringt, daß die Anwendung der Vorschrift des anastasianischen Gesetzes auf die Cession derselben theils als unzweckmäßig, theils sogar als unausführbar, erscheinen würde, sind von jenem Gesetze auszunehmen, oder stehen vielmehr gar nicht unter demselben. Dahin gehören nun vorerst die eigentlichen Wechsel, welche mittelst Indossaments auf einen Anderen übertragen worden sind[22]); es gehören dahin aber auch die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, und als solche insonderheit auch die Staatsobligationen. Das Ausstellen einer Schuldverschreibung auf jeden Inhaber bringt zwar an und für sich keine weitere Verschiedenheit von den gewöhnlichen, einen bestimmten Gläubiger bezeichnenden, Schuldverschreibungen mit sich, als in Ansehung der Legitimation des Besitzers derselben zum Empfang der darin ausgedrückten Schuld[23]), indem

---

19) l. 4. C. quae res pignori. S. die obige 1te Abhdl.

20) l. 7. l. 8. C. de her. vel. act. vend.

21) Glück a. a. O. §. 1024. S. 463. Mühlenbruch a. a. O. S. 487. 484.

22) Danz Handb. d. deutsch. Privatrechts. B. II. §. 235. S. 417. Glück a. a. O. §. 1025. S. 474.

23) Puffendorf observ. iur. univ. T. IV. obs. 218. Hofacker princ. iur. civ. T. III. §. 1956. Glück Erläut. d. Pand. Th. XVI. §. 1022. S. 440.

nämlich der Aussteller sich durch jene Clausel verpflichtet, dem jedesmaligen Besitzer der Verschreibung, ohne weitere Nachweisung über das Eigenthum derselben, Zahlung zu leisten. Weiter erstreckt sich jedoch diese, in dem Darlehnsgeschäft selbst nicht, sondern nur in der Beurkundung desselben, begründete Eigenthümlichkeit nicht, und sie kann daher auch nur auf den mit dem Document zu führenden Beweis, nicht aber auf die materiellen Bestandtheile des Rechtsverhältnisses selbst, einwirken; alle aus der Natur des Darlehnsvertrages hervorgehenden Folgen bestehen auch hier, und ein auf den Inhaber gestellter Schuldschein bleibt immer eine über einen solchen Vertrag ausgefertigte, denselben voraussetzende und nur beweisende, Urkunde [24]). Ausser dieser innern und wesentlichen Eigenthümlichkeit der auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen zeigt sich aber in der Erfahrung noch eine äussere, und in so fern bloß zufällige, als dieselbe nur von der gewöhnlichen Behandlungsweise solcher Obligationen im Verkehr hergenommen ist. Sie besteht darin, daß dergleichen Verschreibungen unter dem Gesichtspuncte des Verkehrs als eine Waare erscheinen, und in dieser Eigenschaft nicht sowohl die darin ausgedrückte Geldsumme unmittelbar repräsentiren, als vielmehr selbst einen für Geld käuflichen Gegenstand ausmachen, bei welchem das zum Grunde liegende Forderungsrecht als quiescirend ganz in den Hintergrund tritt. Bei eigentlichen Staatsobligationen tritt diese ihre äussere Eigenthümlichkeit schon in der Art und Weise ihrer Entstehung recht klar hervor, indem nämlich das ganze Anlehn gewöhnlich von einem einzelnen Wechselhause übernommen, und darüber nur Eine Original-Obligation von dem Gläubiger ausgestellt wird, die von dem Unternehmer hiernach ausgefertigten Partial-Obligationen aber unmittelbar zu dem Zwecke, als Tauschmittel gegen baares Geld in den Verkehr zu kommen, bestimmt sind; von dergleichen Staatsobligationen also kann man wohl sagen, daß dieselben schon ihrer ursprünglichen Bestimmung nach ein Gegenstand des Handels sind; wie denn schon die Courszettel, welche darüber öffentlich ausgegeben zu werden pflegen, den steten Wechsel des von dem Nominalwerthe in der Regel abweichenden Marktpreises derselben anzeigen. Eben dieses würde sich nun zwar nicht in gleicher Allgemeinheit auch von denjenigen auf den Inhaber gestellten Schuldverschreibungen, welche an die einzelnen Darleiher unmittelbar ausgegeben worden, behaupten lassen, vielmehr hierbei zunächst auf die concreten Umstände, unter denen solche ausgegeben wurden, zu sehen seyn; doch

---

24) v. Bülow Abhandlungen üb. einz. Materien des röm. bürg. Rechts. Th. I. Abh. 17. Th. II. Abh. 30.

wird man auch diese immer dann als Handelswaare betrachten können, wenn dieselben als Theile eines größern Anlehns ausgestellt wurden, und theils aus der subjectiven Qualität des Schuldners, z. B. einer Gemeinde oder sonstigen Corporation, theils aus der Ungewißheit oder weiten Entfernung des Rückzahlungs-Termins, eine Erschwerung des Einziehens der Schuldsumme von dem Schuldner selbst, mithin das Bedürfniß der öfteren Realisirung derselben durch Verkauf, hervorgeht; wobei wohl als ein äußeres Kennzeichen dieser Bestimmung das Ausgeben gedruckter Obligationen anzusehen ist. Daher nimmt Mühlenbruch [25]), obwohl er hinsichtlich der einzelnen von solchen auf den Inhaber gestellten Schuldscheinen geltenden Bestimmungen auf die particularrechtlichen Quellen verweißt, doch den Satz als allgemein anwendbar auf, daß sich Papiere dieser Art schlechthin nicht anders, als eine jede Handelswaare, betrachten lassen.

Welche rechtlichen Folgen nun diese beiden Eigenthümlichkeiten der auf den Inhaber lautenden Verschreibungen, und insonderheit die erstere, in Ansehung der Vindication derselben und ihrer Amortisirung haben, das gehört nicht weiter hieher [26]); zunächst fragt es sich hier nur, ob dadurch auch die Einrede des anastasianischen Gesetzes gegen den dritten Inhaber solcher Obligationen ausgeschlossen werde, und dieses ist, mit Rücksicht auf die letzterwähnte Beschaffenheit derselben, als Handelswaare, wohl nicht zu bezweifeln, wie denn auch Mühlenbruch [27]) im Allgemeinen annimmt, daß bei solchen von den sonstigen Cessions-Einschränkungen gar nicht die Rede sein könne.

---

25) a. a. O. §. 41. S. 416.

26) Vergl. v. Bülow a. a. O. Gönner Archiv für die Gesetzgebung B. I. N. 27.

27) a. a. O.

XXI.

Von den Grundsätzen, nach welchen eine Geldschuld nach eingetretener Münzveränderung zu bezahlen ist. *)

So viel und weitläufig über diesen Gegenstand schon geschrieben worden ist, so wird man doch nicht leicht in irgend einer Lehre weniger reellen Gewinn für die Wissenschaft und dagegen mehr Verworrenheit in den ersten Begriffen finden, als gerade hierbei, und noch immer kann man mit einem der älteren Schriftsteller auch den sämmtlichen neueren die Worte des Terenz zurufen: fecistis probe, incertior sum multo, quam dudum! Zwar gehört diese Lehre in ihrem ganzen Umfange ohne Zweifel unter die allerschwierigsten des Privatrechts, und bedarf daher, um gründlich und vollständig erörtert zu werden, wohl einer eignen ausführlichen Abhandlung, welche die Grenzen dieses Werkes überschreiten möchte. Doch werden auch einzelne Beiträge nicht unwillkommen sein, wenn nur dabei mit Klarheit und Consequenz auf die ersten Grundsätze zurückgegangen, und in der Methode der Anwendung also verfahren wird, daß dadurch zugleich die analoge Entscheidung der übrigen hieher gehörigen Fälle vorbereitet, oder wenigstens derselben auf keine Weise präjudicirt wird.

§. 1.

Vorbegriffe.

Geld und Münze, diese beiden Ausdrücke, nach ihrem staatswirthschaftlichen und rechtlichen Begriffe, und nach den sie von einander unterscheidenden Merkmalen, bilden die eigentliche Grundlage, wovon man nothwendig ausgehen muß; — Geld insonderheit als Gegensatz der Waare, indem jenes den allgemeinen Maaßstab des Preises aller dem Verkehr unterworfenen Sachen

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. I. Römisches Privatrecht. S. 51 — 72.

abgiebt, unter Waare hingegen der Gegenstand, dessen Preis bestimmt werden soll, verstanden wird; — Münze als Gegensatz zum Gelde, indem letzteres den intellectuellen Begriff jenes Maaßstabes, erstere das empirische Mittel der Anwendung desselben im wirklichen Verkehr, darbietet. Vorzüglich erläuternd für diese Begriffe ist die Geschichte der Entstehung des Geldes. Bei den ältesten Völkern bestand aller Verkehr bloß im Tauschhandel. Die Schwierigkeiten, welche mit diesem seiner Natur nach in mannichfacher Hinsicht verbunden waren, führten auf die Idee eines allgemeinen Ausgleichungsmittels, d. h. eines Gegenstandes, der wegen seiner ausgebreiteten Nutzbarkeit von einem jeden gern als Aequivalent seines Ueberflusses an Bedürfnissen irgend einer Art angenommen würde, und der zugleich durch seine Theilbarkeit als Aequivalent auch der geringsten Bedürfnisse angewendet werden könnte. Unvollkommen und unsicher mußte jedoch der Gebrauch eines solchen Ausgleichungsmittels immer noch bleiben, solange in jener ersteren Hinsicht die Annahme und Schätzung desselben der Willkühr jedes Einzelnen überlassen blieb, und in der letzteren eine materielle Zertheilung des zum Ausgleichungsmittel dienenden Stoffes nach dem Bedürfnisse jedes einzelnen Falles erforderlich war. Beiden Mängeln ward, seitdem sich Staaten bildeten, in denen die Bewohner unter einem gemeinschaftlichen Oberhaupte vereint zusammen lebten, dadurch gänzlich abgeholfen, daß nunmehr von Seiten des Staatsoberhauptes eine allgemeine Bestimmung des Maaßstabes aller Preise erfolgte, und diese mittelst eines äussern Kennzeichens, welches dem zum Maaßstabe dienenden Gegenstande aufgedrückt wurde, geschah. Bemerkenswerth ist, wie schon im römischen Gesetzbuche an diese historische Entstehung des Geldes die rechtlichen Begriffe geknüpft und gegen einander begrenzt werden. Origo emendi vendendique a permutationibus coepit; olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur; sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri superest, alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret: eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate; nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur[1]).

1) l. 1. D. de contr. emt.

Diese öffentliche Bezeichnung, wodurch das Geld entsteht, sollte nun freilich, ihrem eigentlichen Zwecke nach, nichts anders sein, als eine Beglaubigung, ein öffentliches Zeugniß, daß der Gegenstand, welcher als Geld bezeichnet wird, den innern Werth wirklich habe, wofür er als Maaßstab des Preises gebraucht werden soll. So wie aber der Staatsbürger auch diejenigen Gesetze, welche ihrem Zwecke nicht entsprechen, als für ihn verbindlich anerkennen und befolgen muß, so muß er auch gesetzlich eingeführtes Geld, wenn es gleich, seiner ursprünglichen Bestimmung zuwider, den Werth nicht hat, den die äussere Bezeichnung ausdrückt, doch nach dieser gelten lassen; denn — sagt in dieser Hinsicht Thibaut [2]) — „was das Gesetz als wirklich angenommen wissen will, muß der Unterthan als wirklich betrachten, gesetzt, es sollte auch nicht wirklich sein!“

Charakteristisches Merkmal des Geldes (im engern Sinne, oder desjenigen, wovon im Staate allein die Rede sein kann) ist demnach, daß der Wille und die Bestimmung des Gesetzgebers der einzige Grund seiner Eigenschaft als Geld überhaupt, und die von demselben herrührende äussere Bezeichnung (nicht also der innere Gehalt, die Güte, und das Gewicht eines Metallstücks) der einzige Grund seines Werthes ist. Und dieß ist nicht etwa bloß ein empirisches oder aus der positiven Legislation entlehntes Merkmal, — dann wäre seine Anwendbarkeit immer nur particulär; es ist vielmehr in der Natur der Sache gegründet, und daher auch von den Philosophen als naturrechtlich, mithin allgemein gültig, angenommen. Metallstücke — sagt Kant in den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre [3]) — sind gesetzliches Geld, wenn sie nicht bloß gewogen, sondern auch gestempelt, das ist, mit einem Zeichen, für wieviel sie gelten sollen, versehen wurden.

Daß es gerade Metallstücke seien, welche den empirischen Gegenstand des Geldes darstellen, ist übrigens durchaus nicht wesentlich; da inzwischen nur sehr wenige Stoffe so geartet sind, daß sie alle dazu erforderlichen Eigenschaften in sich vereinigen, daß sie nämlich in hinreichender Anzahl vorhanden, bis zu kleinen Stücken theilbar, einer äusseren Bezeichnung (Gepräges) empfänglich, und zugleich von der Beschaffenheit sind, daß sie beim Verkehr ohne Unbequemlichkeit aus einer Hand in die andere übergehen können, — diese Eigenschaften alle aber in dem Metallgelde zusammen treffen, so kann man annehmen, daß nur Metallgeld oder Münze wahres Geld in dieser engsten Bedeutung sei.

---

2) System des Pandektenrechts. Th. I. §. 99.
3) Th. I. Hptst. 2. Abschn. 3. S. 126.

Diese allgemeinen Begriffe vorausgesetzt, kommt es nun noch, ehe die rechtlichen Folgen einer eingetretenen Münzveränderung erörtert werden können, auf eine genaue Bestimmung darüber an, was unter Münzfuß, so wie unter äusserem und innerem Werthe der Münzsorten, zu verstehen sei, und wie sich das eine zu dem anderen verhalte.

§. 2.

Münzfuß oder Währung.

Es ist eine bei den juristischen Schriftstellern sehr häufig vorkommende, gleichwohl auf die rechtliche Beurtheilung sehr nachtheilig einwirkende Verwechslung, wenn man durch den Münzfuß den inneren Metallwerth der Münzen bezeichnet glaubt, und daher eine Verschiedenheit des Geldes nach dem Münzfuße und nach dem innern Werthe für gleichbedeutend hält. Unter Münzfuß versteht man dasjenige Normalverhältniß, nach welchem bei der Ausprägung des Geldes aus dem reinen Metalle verfahren wird, und wodurch sich also die Anzahl der Stücke, welche aus einer gewissen Quantität dieses Metalls auszuprägen ist, bestimmt. Hätte man stets nur reines Metall zum Ausprägen verwendet, und die geprägten Stücke, wie es wohl am natürlichsten scheinen möchte, bloß nach ihrem Gewichte bezeichnet, so könnte es keine Verschiedenheit der Münzfüße geben, indem der materielle Stoff des Geldes allenthalben gleich wäre, und die Quantität desselben in jedem einzelnen Stücke sich unmittelbar aus der äusseren Bezeichnung ergäbe. Nachdem man aber angefangen hatte, die edleren Metalle beim Ausprägen mit einem bald größern bald geringern Zusatze von Kupfer zu vermischen, und nachdem den ausgeprägten Münzen besondre, auf das Gewicht nicht mehr Bezug habende, Benennungen beigelegt worden sind, haben die verschiedenen Münzfüße ihre Entstehung erhalten, indem nämlich bald mehr bald weniger Geldstücke von gleicher Benennung aus einer bestimmten Quantität des reinen Metalls geprägt werden. In Teutschland namentlich hat man zu diesem Zwecke als gleichnamige Münze den Gulden angenommen, und als Quantität des reinen Metalls, insonderheit des Silbers, die Mark oder 16 Loth zum Grunde gelegt. So findet man einen 18, 20, 21, 24 Guldenfuß, worunter verstanden wird, daß aus einer Mark Silber 18, 20, 21 oder 24 Stücke, unter der gleichförmigen Benennung eines Guldens, geprägt werden sollen, und hierin das Normalverhältniß bestehe, nach welchem auch beim Ausprägen aller übrigen Münzsorten zu verfahren ist. Ein Thaler im 18 Guldenfuße ist demnach ein solcher, wovon 12 Stücke (gleich

18 Gulden) aus einer Mark Silber geprägt sind; ein Thaler im 24 Guldenfuße ein solcher, wovon 16 Stücke (gleich 24 Gulden) aus einer Mark geprägt wurden; einer von jenen also enthält $1\frac{1}{3}$ Loth, einer von diesen nur 1 Loth reinen Silbers, und jener ist also um $\frac{1}{4}$ größer als dieser; woraus hervorgehet, daß Thaler, nach dem 18 Guldenfuße, völlig andere seien, als nach dem 24 Guldenfuße, und daß also überhaupt die bloße Bezeichnung von Gulden oder Thalern, ohne Angabe des Münzfußes oder der Währung, über die Größe derselben gar nichts entscheide, mithin eine Gleichstellung von Thalern aus einer früheren mit Thalern aus einer späteren Zeit, oder von solchen aus dem einen Lande mit denen aus einem anderen, so lange man nicht weiß, daß dieselben nach einerlei Münzfuße geprägt worden, eben so wenig statt finde, als eine Verwechslung von Laubthalern, Speciesthalern und Thalern ohne weitere Bezeichnung, für möglich gehalten werden kann. Daher läßt sich als Prinzip annehmen: der Münzfuß bestimmt die Gattung des Geldes!

§. 3.

Innerer Werth der Münzsorten.

Der Begriff einer Münzsorte steht im Allgemeinen zu dem des Münzfußes in dem Verhältnisse, daß Münzfuß die Gattung, Münzsorte das Individuum bezeichnet. Fragt man daher, nach welchem Münzfuße eine Zahlung zu leisten sei, so will man wissen, ob nach Thalern im 18, 20, 21 oder 24 Guldenfuße? — fragt man hingegen, in welchen Münzsorten, so heißt dieß: in welchen einzelnen Stücken die Thaler von der bestimmten Währung zu bezahlen seien, ob in ganzen oder in getheilten Thalerstücken, in sogenannter grober oder in Scheide-Münze, in Groschen oder Albus ꝛc. — Die Bestimmung des Münzfußes entscheidet also darüber, was gezahlt wird, die der Münzsorte aber darüber, wie solches gezahlt wird; mithin ist diese Letztere ganz gleichgültig in Rücksicht der Quantität des zu zahlenden Geldes.

Schon aus der allgemeinen Regel, daß der Münzfuß die Gattung, die Münzsorte das Individuum des Geldes bezeichnet, folgt, daß der Werth des Geldes nach dem Münzfuße ganz etwas anderes sein müsse, als der innere Werth der Münzsorten. Jener läßt sich bei einer Vergleichung absolut bestimmen, d. h. sobald ich den Münzfuß weiß, nach welchem verschiedene Geldstücke geschlagen sind, so kann ich sofort beurtheilen, ob dieselben von gleicher Gattung sind oder nicht, und im letzteren Falle, in welchem Verhältnisse die verschiedenen Gattungen, dem Werthe nach, zu einander stehen;

ich soll z. B. Sächsische und Preußische Thaler mit einander vergleichen, jene sind nach dem 20, diese nach dem 21 Gulden Fuße geschlagen, sie sind also von verschiedener Gattung, und 20 von jenen sind, ihrem Gepräge nach, von gleichem Werthe mit 21 von diesen, oder ein Preußischer Thaler gilt $\frac{1}{21}$ weniger, als ein Sächsischer. — Der innere Werth der Münzsorten hingegen erlaubt nur eine relative Bestimmung, das heißt, ich muß die verschiedenen Geldstücke vor mir sehen und den Gehalt dieser bestimmten Individuen untersuchen können, um zu bestimmen, ob die eine Münzsorte an innerem Werthe besser oder schlechter, und um wie viel, als die andere sei. Diese Untersuchung würde gerade darauf zu richten sein, ob Münzsorten, welche nach dem nämlichen Münzfuße geschlagen sind, auch an innerm Werthe übereinstimmen, und solche, deren Münzfuß verschieden ist, auch nach ihrem innern Werthe in gleichem Verhältnisse von einander abweichen; hieraus kann sich demnach ergeben, daß Münzsorten von gleichem Münzfuße doch einen verschiedenen innern Werth, so wie solche von verschiedenem Münzfuße einen gleichen innern Werth haben, welches den besten Beweis eines wesentlichen Unterschiedes zwischen dem Münzfuße und dem innern Werthe der Münzsorten liefert. Um jede Verwechselung zu verhüten, sollte man den innern Werth der Münzsorten lieber stets Metallwerth des Geldes nennen, da derselbe nur durch eine Prüfung der Reinheit des Metalls und des Gewichtes (Korn und Schrot) der Münze ausgemittelt wird. — Daher kann man das Verhältniß des Werthes der Münzen nach dem Münzfuße zu dem inneren Werthe der Münzsorten auch so ausdrücken, daß jener bezeichnet, wie eine Münze gesetzlich beschaffen sein müßte, dieser, wie dieselbe wirklich beschaffen ist, bei jenem also die Regel, bei diesem die Anwendung der Regel, in Betracht kommt.

§. 4.

Aeußerer Werth der Münzsorten.

Im Gegensatz zu diesem inneren Werthe der Münzsorten versteht man nun unter dem äußeren Werthe derselben denjenigen, welchen der Landesherr einem Geldstücke beigelegt hat, oder wofür dasselbe gelten soll. **Externa nummorum bonitas consistit in valore, qui materiae publice signatae auctoritate publica imponitur** [4]). Da nun, nach dem Obigen, eben die landesherrliche Bestimmung es ist, durch welche das Metallstück zur Münze wird,

4) Voet comment. ad Pand. Lib. 12. Tit. 1. §. 24.

oder welche derselben ihre Form giebt, so folgt hieraus, daß der äussere Werth der Münzen den wesentlichen Charakter derselben bildet. Dieser äussere Werth wird gewöhnlich durch das Gepräge ausgedrückt, mittelst dessen also der Landesherr zu erkennen giebt, in welchem Verhältnisse zum gesetzlichen Münzfuße das damit bezeichnete Metallstück gelten soll; da inzwischen, bei der Unstatthaftigkeit einer Controle, der Fall oft vorkommt, daß Münzen geschlagen werden, welche von dem Verhältnisse zu dem Münzfuße, das ihr Gepräge ausdrückt, ihrem innern Werthe nach abweichen, und weil doch häufig nachher das Gouvernement selbst die daher entstehenden Inconvenienzen einsieht, so geschieht es nicht selten, daß, zur Ersparung der Kosten des Umprägens, der äussere Werth solcher Münzen durch eine besondere Verordnung, abweichend von dem Gepräge, und dem inneren Werthe angemessener, bestimmt wird. Eine besondere gesetzliche Werthbestimmung ist aber bei ausländischen Münzen sogar nothwendig, indem dieselben ohne eine solche gar nicht als Geld, sondern nur als Waare, in Betracht kommen, indem das fremde Gepräge den Staatsbürgern keine Verbindlichkeit, sie darnach gelten zu lassen, auflegt, und daher Keinem rechtlich zugemuthet werden kann, dieselben im Verkehr als Preismittel anzunehmen.

Zu dem Münzfuße und dem inneren Werthe der Münze steht nun der äussere in dem Verhältnisse, daß wenn jener bezeichnet, wie eine Münze gesetzlich beschaffen sein müßte, und ihr innerer Werth, wie sie wirklich beschaffen ist, der äussere Werth dagegen bestimmt, was sie gelten soll; oder: wenn der Münzfuß die Regel aufstellt, nach welcher das Geld zu prägen ist, und der innere Werth der Münzsorten die wirkliche Anwendung dieser Regel zeigt, ihr äusserer Werth dagegen in der Vorschrift besteht, nach welcher jene Regel für angewendet gehalten werden soll. — Um diese dreifache Verschiedenheit des Geldes, deren richtige Bezeichnung zu den Grundbegriffen der ganzen Lehre gehört, recht anschaulich zu machen, will ich noch an einem bestimmten Beispiele zeigen, wie sich der Münzfuß zu dem innern und äussern Werth einer Münze, so wie letztere zu einander, verhalten. Wenn in einem Lande der 18 Guldenfuß eingeführt ist, so ist es daselbst als gesetzliche Regel anzunehmen, daß aus einer Mark fein Silber nicht mehr als 18 Gulden oder 12 Thaler geprägt werden, jeder Gulden oder Thaler hat also, dem Münzfuße nach, den Werth des 18ten oder 12ten Theils einer Mark Silbers; würden nun aber in der Wirklichkeit 21 Gulden oder 14 Thaler aus einer Mark geprägt, so hätten solche Gulden- oder Thalerstücke nur den inneren Werth des 21sten oder 14ten Theils einer Mark

Silbers; wären gleichwohl diese Gulden- oder Thalerstücke mit dem Gepräge von „18 (oder 12) Stück eine feine Mark" bezeichnet, so wäre ihr äusserer Werth völlig dem Münzfuße gleich, obwohl der innere oder Metallwerth demselben um $\frac{1}{7}$ nachstände.

§. 5.

Münzveränderung.

So wie bei dem Gelde überhaupt, und insonderheit bei der Münze, eine dreifache Beziehung, nämlich auf den Münzfuß, auf den innern Werth der Münzsorten, und auf den äusseren Werth derselben, vorkommt, so kann auch eine Veränderung, welche sich in dem Münzwesen ereignet, nach dieser dreifachen Verschiedenheit ihres Gegenstandes, auf dreifache Weise statt finden.

Eine Veränderung des Münzfußes tritt ein, wenn ein anderes, als das bisherige, Normalverhältniß der Münzen zum Metallgewichte bei dem Ausprägen gesetzlich zum Grunde gelegt wird. Eine solche Veränderung kann auf verschiedene Art erfolgen, indem nämlich entweder eine andere Normalmünze oder ein anderes Normalgewicht angenommen, oder mit Beibehaltung von Beidem die Stückzahl der aus dem Normalgewicht zu prägenden Normalmünzen verändert wird. Diese letztere ist die in Teutschland übliche Weise. Mit Beibehaltung des Guldens als Normalmünze und der Mark als Normalgewicht hat man — um nur die Veränderungen des Münzfußes seit dem Anfange des vorigen Jahrhunderts zu erwähnen — anfänglich die Stückzahl der aus einer Mark Silbers zu prägenden Gulden auf 18, dann auf 20, zuletzt auf 21 Gulden bestimmt, auch neben diesen eine Berechnung von 24 Gulden auf die Mark zugelassen, obwohl die hierzu dienenden gröberen Münzsorten im 20 Guldenfuße ausgeprägt sind, und nur im Verkehr mittelst Erhöhung um $\frac{1}{5}$ als Rechnungsmünze im 24 Guldenfuße gebraucht werden.

Eine Veränderung des inneren Werthes der Münzsorten kann auf zwiefache Weise eintreten, entweder indem neue Stücke einer schon vorhandenen Münzsorte von abweichendem (höherem oder geringerem, als dem bisherigen) Metallgehalte geschlagen werden, oder indem die bisher im Umlauf gewesenen Stücke durch Abnutzung an Metallwerth verlieren. — Letzteres nimmt der Münze, wenn sie durch Abnutzen bis unter das gesetzliche Gewicht vermindert worden, ganz ihre Gültigkeit als Münze, und verwandelt sie zum bloßen Metallstück, sie hört daher auf, Geld zu sein, und kommt nur noch als Waare in Betracht, bis ihr etwa von Neuem ein gesetzlicher Werth in dieser veränderten Gestalt beige-

legt wird. Ersteres aber, die Ausprägung neuer Stücke von verändertem Metallgehalte, jedoch ohne Veränderung des Münzfußes, kann wieder zwiefach sein, indem nämlich entweder die innere Güte des Metalls (das Verhältniß des reinen Silbers zu dem beigemischten Stoffe — das Korn der Münze), oder das äussere Gewicht der Stücke (Schrot der Münze) verändert wird.

Eine Veränderung des äusseren Werthes der Münzsorten endlich findet statt, wenn den schon vorhandenen Stücken ein anderer gesetzlicher Werth, als den sie bisher hatten, beigelegt, mithin, ohne Veränderung im Münzfuße oder in dem inneren Werthe der Münzsorten, gesetzlich verordnet wird, daß gewisse Geldstücke mehr oder weniger, als seither, gelten sollen. Diese Art der Münzveränderung ist von dem Falle wohl zu unterscheiden, wo nach eingetretener Veränderung des Münzfußes der Werth, welcher den nach dem früheren geprägten Stücken zukommt, bestimmt wird; denn hierin liegt eigentlich keine Veränderung des äusseren Werthes der Münzsorten, sondern bloß eine Anwendung des veränderten Münzfußes auf die vorhandenen Münzsorten, eine Erklärung des Verhältnisses, worin diese zu dem neuen Münzfuße stehen, keine neue Werthbestimmung. Eine wahre Veränderung des äusseren Werthes der Münzsorten aber unterscheidet sich hiervon wesentlich dadurch, daß sie die vorhandenen Münzsorten, unter Voraussetzung des nämlichen Verhältnisses, in welchem dieselben zu dem beibehaltenen Münzfuße nach wie vor stehen, zu einem höheren Werthe erhebt oder auf einen geringeren herabsetzt. Seltner wird dieser Fall bei inländischen Münzen eintreten, es sei denn, daß während eines besondern Nothstandes sehr geringhaltige Münzen unter einem höheren Gepräge geschlagen worden, nachher jedoch diese momentane Täuschung eingestanden wird. Sehr häufig ist er dagegen bei fremden Münzen, deren gesetzliche Werthbestimmung theils nach ihrem Verhältnisse zu den einheimischen Münzen, theils mit Rücksicht auf bloße Convenienzgründe, insonderheit auf den commerciellen Verkehr mit dem Auslande, gar leicht einer Veränderung unterworfen ist.

§. 6

Cours der Münzsorten.

Etwas sehr ähnliches mit dem äusseren Werthe der Münzsorten, und was gar oft damit verwechselt wird, ist der Coursspreis derselben. Das Unterscheidende von beiden liegt gleichwohl schon in dem characteristischen Merkmale des Geldes überhaupt, nämlich in der Voraussetzung einer vom Staatsoberhaupte ausgehenden

Werthbestimmung, von welcher der Courspreis der Münzsorten gerade eine Abweichung enthält. Hierunter nämlich versteht man denjenigen Werth derselben, welcher, abweichend von dem gesetzlichen, durch den Handel und Wandel begründet wird; man pflegt ihn in den ordentlichen und ausserordentlichen Courspreis einzutheilen, je nachdem nämlich entweder der innere Metallwerth der Münze, oder das wechselnde Bedürfniß des Handels, die Ursache der Abweichung von dem gesetzlichen Werthe ist. So werden, was den ersteren Fall betrifft, bisweilen gewisse Münzsorten, in Vergleichung mit andern, für besser oder schlechter gehalten, als sie nach dem Verhältnisse, in welches der ihnen beigelegte gesetzliche Werth sie zu denselben setzt, wirklich sein sollten; man hält daher bei Zahlungen die besseren zurück oder giebt die schlechteren vorzugsweise aus, und bedingt sich, sofern von freiwilligen Geldgeschäften die Rede ist, eine Vergütung für die Zahlung der besseren oder Annahme der schlechteren, welche man Aufgeld (Agio) zu nennen pflegt. Oder zweitens eine gewisse Münzsorte wird zu einem besonderen Zwecke, z. B. wegen des Handelns mit dem Auslande, sehr gesucht, sie wird dadurch seltner, und diejenigen, welche noch einen Vorrath derselben besitzen, geben ihn nur mit dem Vorbehalt einer gleichmäßigen Vergütung weg.

So erscheint also in diesen beiden Fällen die Münzsorte, für welche im Handel und Wandel mehr oder weniger, als ihr gesetzlicher Werth, gegeben wird, offenbar in einem veränderten äusseren Werthe; aber dennoch ist dieses keine Veränderung des Werthes der Münzsorten im rechtlichen Sinne; denn was den ersten Fall betrifft, so kann die Meinung der Staatsbürger schlechterdings nicht über den Werth, in welchem eine Münzsorte gelten soll, entscheiden; nur derjenige, welchen der Landesherr verordnet, kann erzwungen werden; besondere Verabredungen aber, in so weit sie überhaupt für erlaubt gehalten werden können, begründen nur Vertragsverbindlichkeiten unter den paciscirenden Theilen, mithin nur eine höchst particuläre, auf den einzelnen Anwendungsfall jedesmal beschränkte, Norm; im zweiten Falle aber wird die Münzsorte als Waare betrachtet, hört also gänzlich auf, Geld zu seyn, welches seiner Natur nach der Waare geradezu entgegengesetzt ist; es kann mithin dieser Fall da, wo von Geldverbindlichkeiten, wie sie nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurtheilen sind, die Rede ist, eigentlich gar nicht in Betracht kommen.

§. 7.

Geldschulden überhaupt.

Bei allen Verbindlichkeiten, deren Gegenstand in Gelde besteht, darf man die Eigenthümlichkeit dieses ihres Gegenstandes nicht ausser Augen lassen. Geld ist dieser Gegenstand, also das allgemeine Preismittel, welches zur Schätzung eines jeden anderen Objects, dieses als Waare betrachtet, dient. Wo Geld, als solches, zu zahlen ist, da hat man es zunächst, und um den Inhalt und Umfang der Verbindlichkeit an und für sich zu bestimmen, nur mit einem intellectuellen Begriffe zu thun; denn da Geld nur Geld wird durch die Bestimmung des Staatsoberhauptes, so muß man auch bei der Geldschuld von einem bestimmten materiellen Stoffe, woran dieselbe haftet, gänzlich abstrahiren, und behält als Gegenstand der Verbindlichkeit nur eine solche Portion des allgemeinen Preismittels, welche, nach der gesetzlichen Bestimmung, dem bei Uebernahme der Schuld ausgedrückten Betrage entspricht. So bestimmt sich z. B. bei einer auf 100 Thaler eingegangenen Verbindlichkeit der Gegenstand der Schuld lediglich nach dem gesetzlichen Begriffe von 100 Thalern, ohne alle Rücksicht auf gewisse Münzsorten oder Metallstücke, welche diese Summe in der äussern Erscheinung darstellen. Da gleichwohl in Gelde, als bloß intellectuellem Objecte, keine Zahlung wirklich geleistet werden kann, sondern nur in Münze, als dem empirischen Bestandtheile des Geldes, so entsteht bei jeder Geldschuld, nachdem ihr Inhalt und Umfang an und für sich nach dem allgemeinen Begriffe des Geldes festgestellt worden ist, allerdings sehr nothwendig die weitere Frage: was und wie viel muß an Münze gezahlt werden, um die schuldige Summe Geldes zu erschöpfen? — Es kann aber die Beantwortung dieser Frage wieder nichts anders, als im Allgemeinen und zwar dahin ausfallen, daß mit allen Münzsorten, welche nach gesetzlicher Bestimmung das Geld darstellen, aber auch nur mit solchen, und in dem Werthe, welchen sie nach der gesetzlichen Bestimmung haben, die Zahlung geleistet werden könne.

Dieses Alles gilt jedoch nur von eigentlichen Geld-Verbindlichkeiten, das heißt solchen, wobei eine Summe Geldes den unmittelbaren Gegenstand der Schuld ausmacht, und die Münzsorten, in denen die Zahlung geschieht, nur als zufälliges Mittel der Erfüllung der Verbindlichkeit in Betracht kommen. Es können aber auch die Münzsorten selbst, als bestimmte Metallstücke, den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmachen, indem man, abgesehen von ihrem Geldwerthe, bloß den Metallwerth dabei

berücksichtigt; dann aber ist nicht mehr eine Geldschuld, sondern eine Waarenschuld vorhanden, und es ist dieses immer der Fall, wenn die Verbindlichkeit auf bestimmte Münzsorten ausdrücklich bloß nach der Stückzahl gerichtet ist.

§. 8.

Einfluß einer Münzveränderung auf Geldschulden.

Wenn sich nach der Zeit, wo eine Geldschuld übernommen wurde, eine Veränderung in dem Münzwesen zugetragen hat, so entscheidet hier im Allgemeinen die bekannte Rechtsregel, daß bei der Bestimmung des Inhalts und Umfangs der Verbindlichkeit lediglich auf das tempus contractus zu sehen sei; es muß demnach so viel und solches Geld gezahlt werden, als zu der Zeit, wo die Verbindlichkeit begründet wurde, den Gegenstand derselben ausmachte. Bestand nun insonderheit die Münzveränderung 1) darin, daß ein neuer Münzfuß eingeführt wurde, so versteht es sich von selbst, daß, da hierdurch eine ganz andere Gattung des Geldes an die Stelle der früheren getreten ist, die schuldige Summe Geldes nur alsdann für die nämliche, welche den Gegenstand der Verbindlichkeit, wie diese übernommen worden, ausmachte, gehalten werden könne, wenn dabei derjenige Münzfuß, welcher zur Zeit der Uebernahme statt fand, auch nach der eingetretenen Veränderung zum Grunde gelegt wird. Entstand z. B. eine Schuld von 100 Thalern zu einer Zeit, wo der 18 Guldenfuß angenommen war, und es soll, nachdem der 21 Guldenfuß eingeführt worden, der Inhalt dieser Geldschuld bestimmt werden, so ist es klar, daß, wenn man denselben auf 100 Thaler nach dem neueren Münzfuße beschränken wollte, der Gegenstand der Verbindlichkeit dadurch um $\frac{1}{7}$ vermindert werden würde, indem man Geldstücke, die, der gleichen Benennung ungeachtet, doch der Gattung nach verschieden wären, einander substituirte. Nur mit 100 Thalern im 18 Guldenfuße geschähe demnach der übernommenen Verbindlichkeit ein Genüge, und es muß daher, wenn die schuldige Summe nach Thalern in dem nun geltenden 21 Geldenfuße bestimmt werden soll, eine Abschätzung derselben im Verhältnisse zu jenem Münzfuße (Evalvation) nothwendig vorausgehen, mittelst deren die Schuld auf $115\frac{2}{3}$ Thaler sich erhöhen würde. Besteht hingegen die eingetretene Münzveränderung 2) darin, daß die Münzsorten einen anderen Werth erhalten haben, so ist dieses bei eigentlichen Geldschulden in der Regel ganz ohne Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit; denn da diese lediglich eine Summe Geldes zum Gegenstande hat, und die Münzsorten dabei nur als Zahlungsmittel in

Betracht kommnn, die Gattung des Geldes aber die nämliche bleibt, so lange der Münzfuß nicht verändert wird, so folgt hieraus, daß nicht minder eben solches und eben so viel Geld, als den ursprünglichen Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachte, gegeben werde, wenn gleich die Zahlung in den veränderten Münzsorten geleistet wird. Nur allein darauf, wie bei der Zahlung die ihrem Werthe nach veränderten Münzsorten zu berechnen seien, kann es hiebei ankommen; hierüber aber entscheidet nicht die Zeit, wo die Verbindlichkeit begründet wurde, sondern die, wo die Zahlung geleistet werden soll, eben darum, weil die Münzsorten keinen Gegenstand der Verbindlichkeit, sondern nur der Zahlung, ausmachen. Wenn z. B. die zur Zeit des 18 Guldenfußes entstandene Geldschuld von 100 Thalern, mittelst Evalvation nach dem jetzt geltenden 21 Guldenfuße, auf $115\frac{2}{3}$ Thaler bestimmt worden ist, und es nun zur wirklichen Bezahlung dieser erhöheten Thalerzahl kommt, so kann der Gläubiger nicht auch verlangen, daß die Zahlung in den zu jener Zeit üblichen Münzsorten geschehe, oder eine Reduction der jetzigen im Verhältniß zu jenen vorausgehe, sondern er muß jetzige, wie ehemalige, Münzsorten, beide jedoch in ihrem dermaligen Werthe, annehmen. Bei dieser Werthbestimmung der Münzsorten nach der Zahlungszeit könnte nun aber weiter die Frage aufgeworfen werden, ob dabei auf den inneren oder äusseren Werth derselben zu sehen sei? — Doch ist es nach dem Obigen unzweifelhaft, daß lediglich der letztere entscheide. Geht man einmal davon aus, daß der innere oder Metallwerth der Münzsorten mit dem Gegenstande der Verbindlichkeit bei eigentlichen Geldschulden durchaus nichts gemein habe, die Bestimmung der schuldigen Geldsumme vielmehr ganz ohne Rücksicht auf Münzsorten überhaupt, und insbesondere auf deren inneren Werth, erfolge, dieser mithin nur bei der zur Erfüllung der Geldverbindlichkeit gereichenden Zahlung in Betracht kommen könne, daß aber die Eigenschaft, in welcher die Münzsorten zum Zahlungsmittel von Geldschulden dienen, lediglich darin besteht, daß dieselben das Geld, als Begriff, in der äusseren Erscheinung repräsentiren, daß gleichwohl dieser repräsentative Charakter der Münzsorten nicht von ihrem Metallgehalte oder dem inneren Werthe, sondern lediglich von der gesetzlichen Bestimmung oder dem äusseren Werthe abhängt, — so muß folgerungsweise dieser äussere Werth es auch sein, nach welchem sich der Gebrauch der Münzsorten zur Bezahlung von Geldschulden richtet. Ein erläuterndes Beispiel hierzu läßt sich am deutlichsten von dem Falle hernehmen, wo bei unverändertem Münzfuße die Münzsorten eine Aenderung erlitten haben. Es sollen jetzt 100 Thaler, als Gegenstand der Geldschuld, bezahlt werden; der Schuld-

ner will dazu $\frac{1}{3}$ Stücke gebrauchen, welche erst nach der Zeit der Entstehung der Geldschuld geprägt worden, und an innerem Metallwerthe geringhaltiger, als die zu jener Zeit vorhandenen, gleichwohl mit dem nämlichen Gepräge versehen sind; diese muß der Gläubiger, ohne alle Rücksicht auf die dermalige Verschiedenheit des Metallgehaltes, nach ihrem äusseren Werthe, wie ihn das Gepräge ausdrückt, annehmen; oder der Schuldner will sich der nämlichen $\frac{1}{3}$ Stücke, welche schon zur Zeit der Entstehung der Schuld vorhanden waren, denen aber nachher ein höherer Werth, z. B. von 9 statt 8 Ggr., gesetzlich beigelegt worden ist, zur Zahlung bedienen, und sie dem Gläubiger in diesem erhöheten äusseren Werthe zurechnen, also z. B. für jede 9 Thaler nicht 27, sondern nur 24 solcher $\frac{1}{3}$ Stücke, geben; da muß der Gläubiger sich dieses gefallen lassen, weil der Gegenstand seiner Forderung nur 100 Thaler nach dem jetzt noch geltenden Münzfuße ist, in Ansehung des Zahlungsmittels aber lediglich der dermalige äussere Werth der Münzsorten entscheidet.

§. 9.

Vom Geld-Darlehn insbesondere.

Im Ganzen ist auch das Geld-Darlehn nach den nämlichen Grundsätzen, wie die Geldschulden überhaupt, zu beurtheilen; denn Geld ist ja bei jenem, wie bei diesen, der unmittelbare Gegenstand der Verbindlichkeit, und Geld, nur Geld, hat also der Darlehns-Gläubiger zu fordern, der Darlehns-Schuldner zu zahlen.

Das Eigenthümliche des Geld-Darlehns in Vergleichung mit anderen Geldschulden ist nur, daß bei demselben die Schuld durch ein vorausgegangenes Hingeben begründet wurde, daß in diesem Hingeben das Wesen des Darlehnsvertrages, als eines Realcontracts, liegt, daß daher die hierdurch entstandene Geldschuld in einem Zurückgeben des Empfangenen besteht, und demnach bei Bestimmung des Gegenstandes der Verbindlichkeit die Identität des Zurückzugebenden mit dem Hingegebenen nothwendig berücksichtigt werden muß. Bestand nun 1) das Hingegebene oder Dargeliehene bloß in Gelde — wie es bei einem jeden reinen Geld-Darlehn der Fall sein muß, — also in einer Summe Geldes ohne weitere Bestimmung, so muß auch Geld, und nur Geld, zurückgegeben werden; die Rückzahlung eines solchen Geld-Darlehns geschieht also, indem die dargeliehene Summe Geldes in der nämlichen Gattung, worin sie empfangen worden, auch zurückgegeben wird, auf bestimmte Münzsorten kommt es dabei gar nicht, und in Ansehung derjenigen, womit die Zahlung wirklich vollzogen

wird, nur auf diejenige Eigenschaft an, welche dieselben zum Repräsentativ-Mittel des Geldes macht, also auf deren äusseren Werth, wie er ihnen zur Zeit der Zahlung gesetzlich zukommt. Bestand hingegen 2) das Dargeliehene in bestimmten Münzsorten, welche bloß als Metallstücke hingegeben und deren Zurückgabe nach der Stückzahl verabredet wurde, so ist, da hier kein Geld-Darlehen, sondern ein Darlehen in Waare, nämlich in den hingegebenen Münzsorten nach ihrem Metallgehalte, vorliegt, auch nicht Geld zurückzugeben, sondern Metall, und zwar geprägtes Metall oder Münzsorten, als solche. Bei der Rückzahlung eines solchen Darlehns von Münzsorten fallen demnach alle diejenigen Rücksichten weg, welche von dem Begriffe des Geldes hergenommen, und in der Eigenschaft der Münzsorten, als Repräsentativ-Mittel des Geldes, begründet sind. Daher wird hierbei auf eine etwaige Veränderung des Münzfußes, als die Gattung des Geldes bestimmend, gar nicht gesehen; es kommt auch der Geldwerth der dargeliehenen Münzsorten durchaus nicht in Betracht, es müssen vielmehr bei der Rückzahlung entweder die nämlichen Münzsorten, bloß der Zahl nach und ohne alle Rücksicht auf deren äusseren Werth, gegeben und angenommen werden; oder, wenn die Zahlung nur in anderen, welche an deren Stelle getreten sind, geleistet werden kann, so ist dieß Aequivalent lediglich nach dem Metallwerthe, welchen die dargeliehenen Stücke zur Zeit des Darleihens hatten, zu berechnen.

§. 10.

Geld-Darlehn mit verabredetem Werth der Münzsorte.

Zwischen diesen beiden Hauptfällen, dem reinen Geld-Darlehn und dem Darlehn von Münzsorten, in der Mitte liegt nun aber 3) der schwierigste von allen, das Darlehn in Gelde mit Angabe der Münzsorten, wo also zwar eine Summe Geldes den unmittelbaren Gegenstgnd des Darlehns ausmacht, derselbe jedoch durch ausdrückliche Erwähnung der vom Darleiher hingegebenen Münzsorten eine nähere Bestimmung erhalten hat. Auch bei diesem Darlehn gilt im Allgemeinen die Regel, daß der Gegenstand der Verbindlichkeit in Gelde besteht, und die Münzsorten nur als Zahlungsmittel in Betracht kommen. Allein sofern die bei dem Darleihen gebrauchten Münzsorten bei der Hingabe nicht in ihrem damaligen gesetzlichen, sondern in einem davon abweichenden conventionellen Werthe, berechnet wurden, kann doch dieser Berechnungsweise ein wesentlicher Einfluß auf den Betrag der dargeliehenen Geldsumme selbst nicht abgesprochen werden; es hat indessen jene Voraussetzung die Vermuthung stets gegen sich,

und kann dieselbe daher nur in dem Falle angenommen werden, wenn ganz ausdrücklich bei Erwähnung der dargeliehenen Geldsumme, als Gegenstandes, des Vertrages, zugleich der von dem gesetzlichen abweichende Werth der Münzsorten, mittelst deren jene Summe beim Hinzahlen dargestellt wurde, angegeben ist. Beispiele werden dies erläutern. So sind im ersteren Falle 100 Thaler in Groschen, 100 Thaler in $\frac{1}{3}$ Stücken, 100 Thaler in Laubthalern, 100 Thaler in Ducaten, immer nur 100 Thaler; eine Geldsumme von 100 Thalern macht den Gegenstand der Verbindlichkeit aus, die damit verbundene Angabe der Münzsorten ist für die Bestimmung dieses Gegenstandes, oder des Betrages des Darlehns, vollkommen gleichgültig, und von nicht größerem Einflusse, als die Erwähnung irgend eines anderen Zahlungsmittels, welches bei der Hingabe des Darlehns angewendet wurde, wie etwa einer sonstigen Waare, z. B. 100 Thaler, welche der Schuldner mittelst empfangener Früchte schuldig geworden. So wenig hier der bis zur Zeit der Rückzahlung sich etwa verändernde Preis der Früchte in der Geldschuld von 100 Thalern die mindeste Veränderung hervorbringt, eben so wenig kann eine Veränderung im Werthe der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzsorten den eigentlichen Gegenstand des Darlehns, die Geldsumme von 100 Thalern, auf irgend eine Weise modificiren; die Rückzahlung geschieht daher, wie beim reinen Gelddarlehn, mit 100 Thalern in jeder zur Zeit der Rückzahlung gültigen Münzsorte, nach dem gesetzlichen Werthe, welcher ihr zu dieser Zeit zukommt. Ganz ebenso ist sodann auch der Fall zu beurtheilen, wo bei Erwähnung der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzsorte zugleich deren gesetzlicher Werth bemerkt worden ist, z. B. 100 Thaler in Groschen, 24 zu einem Thaler, oder 100 Thaler in Laubthalern zu $1\frac{1}{2}$ Thalern, oder 100 Thaler in Ducaten zu 3 Thalern, (dieß als damaliger gesetzlicher Werth beider letzten Münzsorten angenommen); denn, wenn auch dieser gesetzliche Werth bis zur Zeit der Rückzahlung eine Veränderung erleiden sollte, so entscheidet doch nur der jetzige und nicht der damalige Werth, da Münzsorten, die in ihrem gesetzlichen Werthe zum Zahlungsmittel dienten, dabei nur im Allgemeinen, sofern sie Geld repräsentiren, in Betracht kamen, und nur ebenso auch jetzt wieder zu berücksichtigen sind. — Zu dem zweiten der obigen Fälle aber dient als Beispiel ein Darlehn von 100 Thalern in Laubthalern zu 1 Rthlr. 13 Sgr. oder 100 Thaler in Ducaten zu $3\frac{1}{8}$ Thalern. War hier zur Zeit des Darleihens der gesetzliche Werth dieser Münzsorten der oben vorausgesetzte, so ist es klar, daß die Contrahenten, indem sie von diesem gesetzlichen Werthe durch ausdrückliche Verabredung eines

anderen Werthes, in welchem die zur Zahlung gebrauchten Münzsorten berechnet worden, abgewichen sind, gerade diesen Münzsorten ihre allgemeine Eigenschaft als Zahlungsmittel nach dem gesetzlichen Werthe haben entziehen wollen. Die rechtliche Wirkung aber, welche dieses auf die Rückzahlung eines solchen Darlehns hat, ist nicht ohne Schwierigkeit. Der Darleiher kann doch verlangen, daß ihm *eben so viel* zurückgegeben werde, als er hingab, und der Schuldner braucht *nicht mehr* zurück zu zahlen, als er empfieng; nun würden zu Ausfüllung der dargeliehenen Geldsumme von 100 Thalern in Laubthalern nach ihrem gesetzlichen Werthe $66\frac{2}{3}$ Stück derselben erforderlich gewesen sein, dahingegen nach jenem conventionellen Werthe deren nicht einmal völlig 65 dazu wirklich verwendet worden sind. Kann daher bei der Rückzahlung der *Schuldner* darauf bestehen, nur dieselbe Stückzahl, welche er empfangen hat, ohne alle Rücksicht auf den jetzigen Werth der Laubthaler, zurück zu geben, oder wenn er in einer anderen Münzsorte zahlt, dieselbe erst im Verhältniß zu Laubthalern nach jenem conventionellen Werthe zu reduciren, also nur so viel an Thalern zu erstatten, als die empfangenen Laubthaler, nach ihrem gesetzlichen Werthe zur Zeit des Darleihens, ausgemacht haben würden? oder kann vielmehr der *Gläubiger* verlangen, daß ihm die 100 Thaler unbedingt in Münzsorten nach ihrem dermaligen gesetzlichen Werthe, also auch, wenn die Zahlung in Laubthalern bewirkt werden soll, diese nur in ihrem gegenwärtigen gesetzlichen Werthe gezahlt werden? — Keines von Beiden. Eine Geldsumme, 100 Thaler, ist der unmittlbare Gegenstand des Darlehns; also diese Summe von 100 Thalern kann der Gläubiger zurückfordern, muß der Schuldner demselben entrichten; dieser kann hierzu, weil das Darlehn, der beigefügten Erwähnung der als Zahlungsmittel gebrauchten Münzsorten und des ihnen conventionell beigelegten Werthes ungeachtet, ein *Geld-Darlehn* bleibt, jede beliebige Münzsorte, welche zur Zeit der Rückzahlung Gültigkeit als Zahlungsmittel hat, verwenden; der Gläubiger kann nicht verlangen, daß ihm gerade Laubthaler wieder gegeben werden; will aber der Schuldner sich derselben zur Zahlung bedienen, so äussert nun jene vertragsmäßige Werthbestimmung darin ihre Wirkung, daß die Berechnung nicht ganz rein nach dem dermaligen gesetzlichen Werthe der Laubthaler, sondern zugleich mit Rücksicht auf jenen conventionellen Werth, erfolge. Hat sich nun seitdem der gesetzliche Werth nicht verändert, und ist also das Verhältniß desselben zu dem beim Darleihen verabredeten noch das nämliche, so sind die Laubthaler lediglich in diesem conventionellen (und zugleich gesetzlichen) Werthe zu geben und anzunehmen; ist hingegen inmittelst eine Verände-

rung in dem gesetzlichen Werthe eingetreten, so muß nun der bei der Rückzahlung zum Grunde zu legende Werth dergestalt ausgerechnet werden, daß, wie sich der ehemalige gesetzliche Werth zu dem verabredeten verhielte, eben so der jetzige gesetzliche Werth zu dem bei der Rückzahlung entscheidenden bestimmt wird; also, wenn etwa die Laubthaler auf 1 Thaler 11 Ggr. herabgesetzt worden wären, nach der Formel: 1 Thlr. 12 Ggr.: 1 Thlr 13 Ggr. = 1 Thlr. 11 Ggr.: x.

§. 11.

Besonderer Fall.

Mit dem in dem vorigen §. näher erörterten Falle ist ein anderer sehr ähnlicher nicht zu verwechseln, der einer ganz verschiedenen juristischen Beurtheilung unterliegt; derjenige nämliche, wo die Angabe einer Münzsorte neben der Geldsumme zur näheren Bestimmung dieser selbst geschieht, indem nämlich ohne jene Angabe eine Ungewißheit über die Gattung des Geldes statt finden würde, welche dadurch gehoben werden soll. Dieser Fall tritt namentlich ein, wo mehrere Gattungen des Geldes unter einer gleichförmigen Benennung im Gebrauche sind, und es daher nothwendig wird, dieselben noch durch eine weitere Bezeichnung von einander zu unterscheiden; geschieht nun diese Bezeichnung mittelst Angabe der einzelnen Theile, in welche die Gattung des Geldes, wovon eben die Rede ist, zerfällt, so erscheint dieß äusserlich als eine Bezeichnung der Münzsorte des dargeliehenen Geldes, es ist aber im Grunde doch nur eine Bestimmung der Gattung desselben. Ein sehr anschauliches Beispiel giebt hierzu der Fall, wo die den Gegenstand der Schuld ausmachende Geldsumme in Gulden ausgedrückt wurde. Denn es giebt größere und kleinere Gulden, die nicht immer durch eine specifische Benennung unterschieden sind, sondern hauptsächlich durch die Angabe ihrer Bestandtheile und der Zahl von kleineren Münzsorten, welche den Gulden ausmachen, kenntlich werden. So giebt es Gulden zu 60 Kreuzern oder 15 Batzen, es giebt Gulden zu 16 Sgt. oder $21\frac{1}{3}$ Albus; es giebt auch, namentlich in Kurhessen, noch andere Gulden, zu 26 Albus oder sogenannte Kammergulden, zu $1\frac{1}{4}$ Thaler oder sogenannte Goldgulden. Wollte man nun eine nach einer gewissen Guldenzahl contrahirte Geldsumme bloß durch diese Zahl ausdrücken, so bliebe es zweifelhaft, was für Gulden gemeint seien; erst durch die nähere Bezeichnung der Gulden zu 60 Kreuzer, 15 Batzen, 16 Ggr., 26 Albus ꝛc, bestimmt sich die Gattung der Gulden; und diese Bezeichnung ist sogar nothwendig, wenn andere Gulden, als welche dem allgemei-

nen Münzfuße des Landes entsprechen und im Verkehr gewöhnlich verstanden werden, den Gegenstand der Verbindlichkeit ausmachen, weil sonst, gegen die Meinung der Contrahenten, für jene die Vermuthung entscheiden würde. Bei einem Darlehn (oder einer sonstigen Geldschuld) über 100. Gulden zu 26 Albus hat demnach die Beifügung dieser näheren Bestimmung keinen weiteren Einfluß auf die Rückzahlung desselben, als daß 100 solcher Gulden bezahlt werden, deren jeder dem Betrage von 26 Albus gleichkommt. Diese Bestimmung ist nahe verwandt mit der des Münzfußes, welche ebenfalls auf die Gattung des Geldes sich bezieht; ja sie macht eigentlich einen Theil des Münzfußes in allgemeinerem Sinne, als gesetzlicher Norm des Münzwesens überhaupt, aus; es kann aber sehr wohl sein, daß neben jener Bestimmung auch noch der Münzfuß in dem oben angegebenen engeren Sinne, wo er zunächst auf das gesetzliche Metallverhältniß der zu prägenden Münzen sich bezieht, in Betracht komme, wenn sich nämlich dieser Münzfuß seit der Begründung der Geldschuld verändert hat, indem nämlich alsdann, um das obige Beispiel beizubehalten, der Betrag der 100 Gulden zu 26 Albus bei der Rückzahlung nicht anders mit Sicherheit bestimmt werden kann, bis zuvor die Verschiedenheit des Münzfußes, nach welchem jene Summe ausgeliehen worden, und des zur Zeit der Rückzahlung eingeführten ausgemittelt worden ist.

Mit dem Gegenstande dieses §. möchte sodann wohl noch ein anderer Fall in Verbindung zu bringen sein, welcher auf den ersten Anblick nur wenig damit gemein hat; der Fall nämlich, wo die schuldige Geldsumme nach Thalern in Golde oder in Louisd'or (Pistolen), ohne weitere Werthangabe, bestimmt ist. Hier könnte man glauben, daß auch dieß nur für eine Bezeichnung der Münzsorte als Zahlungsmittel zu halten, daher ohne Einfluß auf den Inhalt der Verbindlichkeit selbst oder den Betrag der Geldsumme sei; ganz ebenso, wie wenn der Thalerzahl der Zusatz: in Laubthalern oder in Ducaten, beigefügt wäre (§. 10.) Allein hier ist der besondere Umstand nicht unberücksichtigt zu lassen, daß die Louisd'or herkömmlich, und mehrentheils sogar nach ihrem Gepräge, eine Summe von 5 Thalern repräsentiren, obgleich ihr innerer und äusserer Werth mehr als 5 Silberthaler beträgt, daß demnach jene 5 Thaler eine ganz andere Gattung von Thalern sein müssen, als diejenigen, welche man gewöhnlich unter dieser Benennung versteht. Thaler in Golde unterscheiden sich demnach von gewöhnlichen Thalern auf ähnliche Weise, wie Laubthaler von Conventionsthalern, Thaler von Gulden, Gulden zu 26 Albus von Gulden zu $21\frac{1}{3}$ Albus. Demnach bezeichnet der einer Thalersumme beige-

fügte Zusatz: in Golde oder in Louisd'or, keineswegs bloß die Münzsorte als Zahlungsmittel, sondern dient wirklich zur Bestimmung der Gattung des Geldes. 100 Thaler in Golde sind daher 100 solcher Thaler, deren 5 einen Louisd'or ausmachen. Da nun aber hiernach eine wirkliche Geldschuld von 100 Thalern vorliegt, so muß dieselbe nach den obigen Grundsätzen in jeder beliebigen Münzsorte bezahlt werden können. Zu diesem Zwecke ist die ganze Thalersumme mit 5 auf die Stückzahl von Louisd'or zu reduciren, und diese (die Louisd'or) sind alsdann nach ihrem gesetzlichen Werthe in Silbergeld zu berechnen; die Bezahlung der hierdurch herausgebrachten Zahl von Silberthalern aber hat keine weitere Schwierigkeit. Eine solche Reduction auf Silberthaler findet jedoch nur statt, wenn die Schuld auf Thaler in Golde, in Louisd'or, oder auch in Louisd'or zu 5 Thalern, gestellt ist; war hingegen ein besonderer Werth, in welchem die Louisd'or zugerechnet worden, angegeben, so folgt hieraus, daß man von jener Bedeutung der Thaler in Golde als $\frac{1}{5}$ Stücke einer Louisd'or abgegangen sei, und die genannte Thalersumme von Silberthalern verstanden habe; es kommen daher nun ganz die nämlichen Grundsätze zur Anwendung, welche oben von der Berücksichtigung eines conventionellen Werths der Münzsorten im Verhältnisse zu dem gesetzlichen vorgetragen wurden. Wäre z. B. eine Geldschuld von 100 Thalern in Louisd'or zu $5\frac{1}{2}$ Thaler, zu einer Zeit contrahirt, wo der gesetzliche Werth der Lsdr. auf $5\frac{1}{3}$ Thaler bestimmt war, und dieser gesetzliche Werth betrüge zur Zeit der Rückzahlung 5 Thlr. 10 Sgr., so würde, wenn wieder Louisd'or zur Zahlung gebraucht werden sollen, die Berechnung nach der Formel: $5\frac{1}{3} : 5\frac{1}{2} = 5\frac{5}{12} : x.$ einzurichten sein; übrigens können, wenn nicht die Rückzahlung in Louisd'or ausdrücklich vorbedungen wurde, dazu auch andere Münzsorten nach ihrem gesetzlichen Werthe benutzt werden.

XXII.

Nach welchen Gesetzen werden die Vermögensrechte der Ehegatten überhaupt, und das statutarische Erbrecht derselben insbesondere, nach eingetretener Veränderung ihres Wohnortes oder der Gesetzgebung beurtheilt? *)

Zwei der ausgezeichnetsten Schriftsteller über teutsches Privatrecht — Eichhorn [1]) und Mittermaier [2]) — haben sich in der neuesten Zeit zu dem Grundsatze bekannt, daß die Vermögensrechte der Ehegatten als unmittelbar gesetzliche Folge des ehelichen Verhältnisses zu betrachten, keineswegs aber auf eine mit der Eingehung der Ehe stillschweigend verbundene Uebereinkunft, sich den deßhalb bestehenden Gesetzen zu unterwerfen, zurückzuführen seien [3]). Ihnen gegenüber stehen mehrere andere nicht minder berühmten Namens, unter denen ich nur Grolman nenne, ohne der großen Anzahl älterer und neuerer Schriftsteller, ausser diesen, zu gedenken, welche zu der einen oder andern Ansicht sich bekennen. Meine Ueberzeugung geht indessen, so wie ich sie schon früher öffentlich [4]) aus-

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. II. Teutsches Privatrecht. S. 263 — 271.

1) Einleit. in d. deutsche Privatrecht. §. 35. Not. g. §. 305. 308.

2) Grundsätze d. deutsch. Privatrechts. §. 31. 350.

3) Auch Hasse Revision der Theorie v. d. ehelichen Gütergemeinschaft. §. 23. scheint eben dieser Meinung zu sein, doch bestreitet er hauptsächlich nur die aus dem Ehevertrage überhaupt gezogene Vermuthung für das Verhältniß der Gütergemeinschaft, und nennt es in der Not. 12. geradezu eine Ungereimtheit, wenn Eisenhart behaupte: „die anfängliche Einwilligung in die Vorschrift der die Gütergemeinschaft wollenden Statute wirke nur so lange, als die Ehegatten einem solchen unterworfen wären, durch Veränderung des Wohnorts gehe also auch die G. G. verloren, wenn das Statut des neuen Wohnorts sie nicht kenne, und die Fortsetzung nicht pacta expresso festgesetzt worden."

4) Rechtsfälle entschieden nach dem Gesetzbuche Napoleons. B. I. N. 5. 11. u. 16.

gesprochen habe, auch nach weiterer genauer Prüfung fortwährend dahin, daß die Vermögensrechte der Ehegatten, in Ermangelung einer ausdrücklichen Verabredung, durch die zur Zeit der Eingehung der Ehe (an dem Wohnsitze des Mannes) geltenden Gesetze ihre bleibende Bestimmung erhalten, indem ich diesen Grundsatz dem durch die Ehe begründeten rechtlichen Verhältnisse vollkommen angemessen halte. Die Ehe ist in ihrem wesentlichen Bestande, und abgesehen von der äusserlich hinzutretenden kirchlichen Beziehung, ein Vertrag wie jeder andere; von Verträgen überhaupt aber gilt bekanntlich die Regel, daß die daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten der Contrahenten unter einander sich nicht bloß auf Dasjenige beschränken, was ausdrücklich verabredet worden, sondern daß auch Alles, was die zur Zeit der Eingehung des Vertrages gültigen Gesetze als die regelmäßige Wirkung desselben betrachteten, für stillschweigend mit in denselben aufgenommen gehalten wird, und fortwährend einen Bestandtheil des Vertrages ausmacht. Bei gewöhnlichen Verträgen kommt diese Regel in fast täglicher Praxis zur Anwendung. Auf die Ehe, und insonderheit auf die davon abhängigen Vermögensrechte, will Eichhorn [5]) sie aus dem alleinigen Grunde nicht anwendbar halten, weil nach römischem und canonischem Rechte lediglich die Entstehung eines persönlichen Verhältnisses Gegenstand der Einwilligung in die Ehe sei, hierdurch aber ein Vertrag über die Güterverhältnisse gar nicht, also auch nicht stillschweigend, abgeschlossen werde. Allein diese Voraussetzung an und für sich kann ich nicht, oder wenigstens nicht in jenem Sinne, zugeben; denn bekanntlich verbinden die Gesetze mit der Eingehung der Ehe unmittelbar auch gewisse Vermögens-Verhältnisse, die demnach von dem Gegenstande der Einwilligung zur Ehe nicht ausgeschlossen werden können, ohne dieser Einwilligung selbst eine Bedingung zu rauben, ohne die sie vielleicht gar nicht erfolgt wäre. Als die nächstliegenden Beispiele hierzu will ich nur anführen: die angemessene Dotirung der Frau als von Seiten des Mannes, und die Leistung eines standesmäßigen Unterhalts als von Seiten der Frau, bei der Einwilligung in die Ehe wesentlich berücksichtigt. Ueberdieß aber liegt es in der Erfahrung als unzweifelhafte Thatsache vor, daß bei der Eingehung der Ehe die dadurch zu begründenden Vermögens-Verhältnisse wirklich in solchem Grade berücksichtigt werden, und nicht selten berücksichrigt werden müssen, daß dieselben keinesweges als etwas blos Zufälliges, von der Einwilligung in die Ehe gänzlich Unabhängiges, und daher jedem äusseren Wechsel Unterworfenes, angesehen werden

5) a. a. O. §. 35. Not. g.

können. Schon die Bezeichnung, welche Eichhorn selbst hierbei gebraucht, indem er die Güterverhältnisse der Eheleute als gesetzliche Wirkung der Ehe darstellt, führt auf die Voraussetzung hin, daß die Ehegatten bei Ertheilung ihrer Einwilligung zur Ehe in die hiermit gesetzlich verbundenen Vermögens-Verhältnisse haben eintreten, und sich den an ihrem damaligen Wohnsitze darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen haben unterwerfen wollen. „Diese Unterwerfung enthält daher einen gegenseitigen, stillschweigend eingegangenen, Vertrag, der eben die rechtlichen Wirkungen hervorbringen muß, als wenn die Ehegatten die Verfügungen der Gesetze und Statuten über ihre wechselseitigen Vermögens- und Beerbungs-Rechte ausdrücklich zu Stipulationen eines Ehecontracts gemacht hätten“ [6]). Man muß nunmehr annehmen, „daß die Ehegatten, im Vertrauen auf die Bestimmungen ihrer Rechtsverhältnisse durch die bestehende Gesetzgebung, eine Regulirung derselben durch ausdrücklichen Vertrag unterlassen, und dadurch die Bestimmungen dieser Gesetzgebung für sich stillschweigend zu vertragsmäßigen erhoben hätten“ [7]). — „Das Statut kommt also hier nicht als Statut in Betracht, sondern es wird ganz zum Vertrage, und weil es ganz Vertrag wird, so hört auch dessen Wirkung nicht bei einer Veränderung des Domicils auf“ [8]). Dieser letzterwähnte Fall einer Veränderung des Wohnsitzes ist in rechtlicher Hinsicht offenbar identisch mit dem einer Veränderung der Gesetzgebung an demselben Orte, indem von dem Einflusse jener auf die Vermögensrechte der Ehegatten nur insofern, als an dem neuen Wohnsitze andere Gesetze, wie an dem ursprünglichen, gelten, die Rede sein kann. Daß aber mit einer solchen Veränderung des Domicils auch die Vermögensrechte der Ehegatten sich verändern, wird allerdings von mehreren Rechtsgelehrten, hauptsächlich aus dem Grunde, behauptet, weil, so wie die Rechte bei Eingehung der Ehe durch stillschweigenden Vertrag den Gesetzen des ursprünglichen Wohnsitzes unterworfen worden seien, ebenso bei der Veränderung des Wohnsitzes eine stillschweigende Unterwerfung unter die daselbst geltenden Gesetze anzunehmen sei [9]). Allein diese Rechtsgelehrten berücksichtigen nicht genug den wesent-

---

6) Hagemann pract. Erörter. Th. VI. N. 24. S. 142.

7) Grolman Handb. über d. Code Napol. Th. I. S. 27.

8) Elsässer verm. Beiträge. Abh. 4. S. 18.

9) Struben rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 70, und die daselbst angeführten Schriftsteller, welchen auch Spangenberg B. I. S. 88. beigetreten ist. Ebenso entschied die Juristen-Facultät zu Tübingen: Kapff merkwürd. Civil-Rechtssprüche. B. I. N. 9.

lichen Unterschied zwischen der ersten Begründung und einer nachherigen Abänderung von Vertrags-Verhältnissen, so wie insonderheit, daß in dem vorliegenden Falle jene auf wechselseitiger Einwilligung beruhte, diese hingegen eine bloß einseitige sein würde. Sind einmal mit dem Augenblicke der vollzogenen Ehe daraus, mittelst des hierbei vorauszusetzenden stillschweigenden Vertrags, wirkliche und unwiderrufliche Rechte der Contrahenten in Ansehung ihrer Vermögens-Verhältnisse entstanden [10]), „so kann es wohl keinen Zweifel leiden, daß ein solcher Vertrag einseitig weder direct noch indirect aufgehoben werden könne; das letzte würde aber statt finden, wenn man der Veränderung des Wohnortes, die in der Regel von dem Ehemann abhängt, die Wirkung beilegt, daß durch sie die vertragsweise bestimmten ehelichen Güter-Verhältnisse aufgehoben, und ganz andere, welche der Ehefrau höchst nachtheilig sein können, eingeführt werden könnten" [11]). Dieser sehr erhebliche Widerlegungsgrund wird auch damit keineswegs genügend beseitigt, daß man der Ehefrau die Befugniß zugestehen will, sich bei einer Veränderung des Domicils ihr Jus ex pacto quaesitum an dem Vermögen vorzubehalten [12]); denn entweder stehet ihr vermöge der Eingehung der Ehe wirklich ein solches Vertragsrecht in Ansehung des Vermögens zu, welches sie gegen den Willen des Ehemannes geltend machen kann, dann bedarf es zu dessen Conservation doch gewiß nicht eines besonderen Vorbehalts; oder es ist jenes vorausgesetzte Vertragsrecht nicht an und für sich von einer solchen Stärke, dann begreift man auch nicht, wie dadurch die Wirksamkeit eines bloß einseitigen Vorbehalts der Ehefrau begründet werden soll; und weit consequenter scheint mir daher die Ansicht Derer, welche hier bloß als die gesetzliche Disposition, als unmittelbar einwirkend auf das Rechtsverhältniß der Ehegatten, so wie dieselbe bei dessen Entstehung und während dessen Fortdauer beschaffen sein mag, entscheiden lassen. Practische Fälle, in denen nach der obigen Ansicht erkannt worden, findet man entschieden von dem Oberappellationsgerichte zu Celle bei Pufendorf [13]), und von dem westphälischen Appellationshofe in meinen Rechtsfällen zum Gesetzbuche Napoleons [14]).

---

10) Hagemann a. a. O.

11) Posse Abhandl. a. d. Staats- und Privatr. H. I. Abth. 3. S. 11. (Pfitzer v. d. Rechten d. Weiber b. d. Gantprocesse ihrer Männer. Th. I. S. 89.)

12) Struben, Kapf, Spangenberg a. a. O.

13) T. II. obs. 121.

14) B. 1. S. 78.

Diese allgemeinen Grundsätze von den Rechten, nach welchen die Vermögensverhältnisse der Ehegatten beurtheilt werden, muß ich nun aber insonderheit auch auf das Recht, eine statutarische Portion zu verlangen, anwendbar halten, ja es scheint mir sogar, daß die Unveränderlichkeit dieses Rechts bei veränderter Gesetzgebung noch weniger bedenklich, wie in Ansehung der Vermögens-Verhältnisse während der Ehe, und namentlich des der Gütergemeinschaft, sei. Denn bei letzterem vermischen sich während der Dauer der Ehe mit dem vertragsmäßigen Rechte des Ehegatten so viele andere Beziehungen, welche theils auf die Begründung, Erhaltung und Beförderung des Nahrungsstandes der Ehegatten selbst von wesentlichem Einflusse sind, theils mit den Ansprüchen dritter Personen an die Ehegatten, namentlich ihrer Gläubiger, zusammentreffen, daß es oft schwierig sein wird, das ursprüngliche Rechtsverhältniß ganz rein durchzuführen, daher denn auch das Preußische Landrecht[15]) legislatorisch weise verordnet, daß, obgleich die Veränderung des ersten Wohnsitzes in der Regel nichts an den Rechten, welchen sich die Eheleute vorher, in Gemäßheit der daselbst vorhandenen Gesetze, unterworfen haben, verändere, doch die von ihnen an dem neuen Wohnorte, wo Gütergemeinschaft statt findet, vorgenommenen Handlungen, in Beziehung auf einen Dritten, nach den Regeln derselben beurtheilt werden sollen. Das Recht auf die statutarische Portion hingegen ruhet gänzlich von der Zeit seiner Begründung an bis zu seiner Ausübung; eine active Collision desselben mit den Verhältnissen der Ehegatten untereinander und gegen dritte Personen während der Dauer der Ehe findet nicht statt; es kann also dasselbe auch ganz unverändert fortdauern, ohne daß davon eine Störung in jenen Verhältnissen bei einer veränderten Gesetzgebung zu besorgen wäre. Auch macht die Eigenthümlichkeit einer Erbfolge, welche sich in der Regel nach der Zeit des Anfalls richtet, hier keine Abweichung von den obigen allgemeinen Grundsätzen nöthig, denn, wenn diese richtig sind — also die Vermögensrechte der Ehegatten überhaupt sich nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe gültigen Gesetzen vermöge stillschweigender Uebereinkunft bestimmen — so nimmt auch der unter diesen Vermögensrechten mit begriffene Anspruch auf eine statutarische Portion den Character einer vertragsmäßigen Erbfolge an, die, als solche, von der Zeit der Eingehung des Vertrages an unwiderrufliche Rechte verleiht. Dafür spricht auch schon die eigenthümliche Natur der statutarischen Portion, durch die sie sich von der gewöhnlichen Intestat-Erbfolge aufs Wesentlichste

15) Th. II. Tit. I. §. 350 — 352.

unterscheidet. Denn so wie letztere ein im Momente des Todes begründetes Recht ist, so führt sich dagegen der Ursprung von jener, in ihrem Zwecke: der künftigen Wittwe den ihr nach Recht und Billigkeit schuldigen Unterhalt zu sichern [16]), auf die Zeit der Eingehung der Ehe, wo es darauf ankam, die Vermögensrechte der Ehegatten gegen einander zu bestimmen, zurück. „Gewiß dachten die Verfasser der Land- und Stadtrechte nur daran, dem überlebenden Ehegatten einen Vortheil zuzuwenden, und ließen es sich nicht entfernt einfallen, ihm dadurch den Character eines römisch-rechtlichen Erben beilegen zu wollen“ [17]). Lucrum hoc statutarium non est nec dicitur de hereditate praemorientis coniugis, sed saltem de bonis illius [18]). Ließe sich die statutarische Portion ganz rein auf die Gütergemeinschaft gründen, so wäre ihre vertragsmäßige Natur völlig unzweifelhaft; allein wenn jenes auch nicht ist, so bleibt sie wenigstens ein aus den Grundsätzen des römischen und teutschen Systems von den ehelichen Güterrechten zusammengesetztes Institut [19]), und kann daher, selbst wenn man die Qualität eines Erbrechts als die dabei vorherrschende betrachtet, doch nur als ein solches Erbrecht bezeichnet werden, welches sich „als Folge der Güterrechte der Eheleute nach älterem teutschen Rechte“ erhalten hat [20]), wobei übrigens nicht ausser Acht zu lassen ist, daß der letztgedachte Schriftsteller (§. 307.) auch den Uebergang des Vermögens auf den überlebenden Ehegatten bei der allgemeinen Gütergemeinschaft als Erbfolge behandelt, welche dann doch gewiß keine andere, als eine vertragsmäßige, ist. So wie nun die Güterrechte der Ehegatten sich, wie oben ausgeführt worden, überhaupt durch die bei dem Ehevertrage vorausgesetzte stillschweigende Genehmigung der darüber vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen reguliren, so ist solches auch in Ansehung der mit diesen Güterrechten überhaupt in Verbindung stehenden statutarischen Portion anzunehmen; auch diese ist als bei der Eingehung der Ehe stillschweigend verabredet zu betrachten, ist Theil des stillschweigenden Vertrages über die Güterrechte, welcher, gleich den ausdrücklichen Ehepacten, ebensowohl die auf den Todesfall zustehenden, als die unter den Lebenden statt findenden, zum Gegenstande haben kann. Diese Erklärungsweise erhält auch eine sehr

16) Posse a. a. O. H. II. S. 168.

17) Posse a. a. O. S. 169.

18) Mevius ad ius lubecense. Lib. II. tit. 2. art. 12. n. 241.

19) Scherer v. d. Gütergemeinschaft. Th. II. S. 232. Eichhorn a. a. O. §. 298.

20) Eichhorn a. a. O. §. 336.

bedeutende Stütze dadurch, daß beinahe sämmtliche statutarischen Rechte, von denen ich hier nur das Solmsische Landrecht [21]) und die Schaumburgische Polizeiordnung [22]) nenne, die statutarische Portion ausdrücklich für den Fall, wenn keine besondere Ehepacten errichtet worden sind, mithin als ein gesetzliches Surrogat der in solchen Verträgen zu stipulirenden Vortheile, anordnen. Die bei Abschließung der Ehe unterlassene Abänderung Desjenigen, was die Gesetze hierüber bestimmen, gilt als dessen Genehmigung, und so kann man wohl sagen, daß der überlebende Ehegatte die statutarische Portion aus der Vermögensmasse des Verstorbenen „vermöge Ehecontracts" fordere [23]). Nicht minder bestätigend für die obige Ansicht ist insonderheit der als Regel eintretende Grundsatz, daß ein Ehegatte dem andern die statutarische Portion einseitig zu entziehen nicht berechtigt ist, welchen Scherer [24]) speciell damit begründet, daß „kein Ehegatte von dem, wozu er sich anfänglich bei dem Eintritt in die Ehe verbunden hat, abgehen kann, und sie also von seiner Willkühr gar nicht abhängt, seine einmal gegebene Einwilligung in eine derartige eheliche Verbindung ihn fest verpflichtet, und er sich nachher Dasjenige gefallen lassen muß, wozu ihn die Gesetze unter diesen oder jenen Umständen, die ihm angenehm gewesen sind, angewiesen haben". Damit völlig analog ist aber diejenige Entziehung der statutarischen Portion, welche durch Verlegung des Wohnsitzes an einen Ort, wo dieselbe nicht gesetzlich anerkannt ist, vorgenommen wurde; ließe man diese zu, wie doch unter Voraussetzung der Anwendbarkeit der Grundsätze von der Intestat-Erbfolge auf die statutarische Portion geschehen müßte, so erschiene die Widerrechtlichkeit recht auffallend, daß die Frau, welche im Vertrauen auf den ihr statutarisch versicherten Erbtheil, als Mittel ihrer künftigen Versorgung, sich zu Eingehung der Ehe entschloß, den solchergestalt erworbenen Anspruch bloß durch des Mannes Willkühr, dem sie an den veränderten Wohnort zu folgen verpflichtet wäre, verlöre. Was aber bei einem solchen Wechsel der Wohnorte, an denen verschiedene Gesetze gelten, nicht für Recht zu halten ist, kann es auch nicht sein bei einer Veränderung der Gesetzgebung an dem nämlichen Orte. Auch hierüber kann ich die treffendsten practischen Belege in Erkenntnissen französischer, west-

---

21) Th. II. Tit. 17. §. 2.

22) Cap. 14. Ausg. v. Rottmann. S. 154.

23) Scherer a. a. O. S. 158.

24) a. a. O. §. 234.

phälischer, und teutscher Gerichte beibringen. Die ersteren finden sich in meinen Rechtsfällen zu Gesetzbuche Napoleons [25]), und unter ihnen ist aus der westphälischen Zeit besonders die von dem, mit sehr ausgezeichneten Juristen besetzten, Staatsrathe, als Cassationshof, bestätigte Entscheidung zu bemerken. Gleiche Grundsätze befolgte auch noch in der neuesten Zeit das Oberappellationsgericht zu Celle in einem Erkenntnisse bei Hagemann [26]). Und ebenso entschied schon im Jahre 1781 die preußische Gesetz-Commission: daß nach gemeinem Rechte der Nachlaß eines Ehegatten nach den Rechten des Ortes, wo der Maritus zur Zeit der eingeschrittenen Ehe domiciliirt habe, zu beurtheilen sei [27]); auch ward durch eine weitere Entscheidung vom Jahre 1794 insbesondere ausgesprochen: „daß bei der Succession unter Eheleuten, auch in Ansehung des unbeweglichen Vermögens — — die Gesetze des Wohnortes der Eheleute zur Zeit der geschlossenen Ehe zur Richtschnur dienen müssen" [28]).

Hiernach dürfte es nun wohl für hinreichend erwiesen zu halten sein, daß die Vermögensrechte der Ehegatten überhaupt, und insonderheit in Beziehung auf die statutarische Erbfolge, in Ermangelung einer besonderen Uebereinkunft lediglich nach den Gesetzen des anfänglichen Wohnorts derselben, auch wenn dieser nachher verändert wird, und an dem neuen Wohnorte andere Gesetze gelten, zu beurtheilen seien. Daß eben dieses aus den nämlichen Gründen auch von dem Falle gelte, wenn an dem von den Ehegatten beibehaltenen Wohnorte eine Veränderung in der Gesetzgebung eintrete, habe ich schon oben bemerkt [29]); um so auffallender ist es, daß Mittermaier [30]), welcher sich so entschieden für die gegentheilige Meinung in Ansehung der Veränderung des Domicils ausspricht, doch in Ansehung der Veränderung der Gesetzgebung an dem nämlichen Domicil vollkommen die von mir ausgeführte Ansicht theilt, indem er ganz ausdrücklich sagt: „Ist unter der Herrschaft eines Gesetzes die Ehe eingegangen, so wird auch, wenn ein neues Gesetzbuch eintritt, die Ehe nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe geltenden Gesetzen beurtheilt".

---

25) B. I. S. 71. 76. 295. 397. B. II. S. 277.

26) a. a. O. S. 145.

27) Klein Annalen der Gesetzgebung. B. VI. S. 239.

28) Ebendas. B. XIII. S. 5.

29) Die völlige Gleichheit beider Fälle nimmt auch Weber üb. d. Rückanwendung positiver Gesetze, §. 75. S. 181, an.

30) a. a. O. §. 350.

— Dieser letztere Fall ist mehrmals bei dem Oberappellationsgerichte zur Entscheidung gekommen, und durchaus nach den obigen Grundsätzen beurtheilt worden.

XXIII.

Ein auf Uebertretung der Steuergesetze eines fremden Staates abzweckender Vertrag ist als Pactum turpe rechtlich unwirksam. *)

Das römische Recht spricht nicht nur die Ungültigkeit solcher Verträge aus, welche geradezu gegen ein Prohibitivgesetz anstoßen [1]), welchen Ausspruch man wohl auf inländische Gesetze zu beschränken hätte; sondern es begreift auch unter der allgemeinen Regel: **impossibilium nulla obligatio** [2]) die **moralisch** unmöglichen oder gegen die Sittlichkeit anstoßenden Handlungen [3]). **Generaliter novimus, turpes stipulationes nullius esse momenti**, sagt die l. 26. D. **de V. O.**; daher aus solchen Verpflichtungen insonderheit auch jedes Klagrecht versagt wird [4]), und wenn gleich unter dem turpe zunächst Dasjenige, was an und für sich rechtswidrig und verbrecherisch ist, verstanden wird [5]), so ergiebt sich doch aus vielen anderen Stellen, daß gerade in der hier vorliegenden Beziehung dem turpe Dasjenige, was gegen die Grundsätze der Sittlichkeit verstößt, **quod fit contra bonos mores**, völlig gleichgestellt ist [6]).

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. **Pfeiffer**. Bd. III. Römisches Privatrecht. S. 83 — 85.

1) l. 6. C. **de pactis.**

2) l. 185. D. **de R. J.**

3) l. 15. D. **de cond. inst.** Mackeldey Lehrb. d. röm. Rechts. §. 151.

4) l. 27. pr. D. **eod.** l. 6. §. 3. l. 22. §. 6. D. **mandati.**

5) §. 24. J. **de inut. stipul.** l. 123. D. **de V. O.**

6) l. 112. §. 3. D. **de legat. I.**

Daher die allgemeine Regel sowohl des Pandectenrechts: generaliter observari convenit, bonae fidei iudicium non recipere praestationem, quae contra bonos mores desideretur[7]), als der kaiserlichen Constitutionen: pacta, quae contra leges constitutionesve vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere, indubitati iuris est[8]), wovon auch einzelne Anwendungsfälle in mehreren Gesetzstellen[9]) vorkommen. Ueberhaupt können hier die Grundsätze von der Condictio ob turpem causam, bei welcher, zufolge des in der l. 1. D. de cond ob turp. caus. enthaltenen Gegensatzes, das turpe für gleichbedeutend mit inhonestum zu halten ist, um so mehr zur Analogie dienen, als sogar in Fällen, wo eine Zurückforderung des turpiter Gegebenen mit jener Condiction nicht statt findet, doch keine Klage auf Bezahlung des Versprochenen, weil diese contra bonos mores angehen würde, gegeben wird[10]), indem man sogar dafür hielt, daß unter gewissen Umständen Dasjenige, was honeste empfangen werden könne, doch inhoneste gefordert werde[11]).

Wenn man nun nach diesen allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts — an deren fortdauernder Anwendbarkeit, in Ermangelung particularrechtlicher Bestimmungen, um so weniger zu zweifeln ist, als dieselben mit den Forderungen des natürlichen Rechts gewiß in vollkommnem Einklang stehen — die specielle Frage beurtheilt: ob das Einbringen von Waaren in ein fremdes Land mit dem Zwecke, die daselbst gesetzlich verordneten Abgaben zu unterschlagen, eine unerlaubte Handlung in dem Sinne sei, daß sie als Gegenstand eines darüber eingegangenen Vertrages dessen Unwirksamkeit, insonderheit zu Begründung eines daraus abzuleitenden Klagrechts, zur Folge habe? — so dürfte wohl deren Bejahung keinem erheblichen Zweifel unterworfen sein. Denn wenn gleich hier nur von der Uebertretung solcher Gesetze, welche für die inländischen Gerichte keine Norm ihrer Entscheidung abzugeben vermögen, die Rede ist, und namentlich die Uebertretung fremder Steuergesetze, da hierin an und für sich kein gemeines Verbrechen enthalten ist, vor diesen Gerichten nicht als strafbar erscheinen kann, so hängt doch einestheils die Entstehung einer im Civilwege einklagbaren Verbindlichkeit mit der Strafloſigkeit einer

---

7) l. 5. D. de usuris.
8) l. 6. C. de pactis.
9) l. 35. §. 1. l. 61. D. de V. O. l. 4. C. de inut. stip.
10) l. 5. C. de cond. ob turp. caus.
11) l. 1. §. 5. D. de extraord. cogn.

Handlung durchaus nicht wesentlich zusammen, und selbst „die öffentliche Duldung einer unsittlichen und entehrenden Sache ist noch nicht hinreichend, um, neben der Straflosigkeit derselben, auch zugleich ein wirksames Recht in foro civili zu behaupten" [12]), anderntheils kommt es bei der Beurtheilung jener Frage nur darauf an, ob die Gesetze, welche dem Gerichte, vor welchem die Klage aus einem solchen Vertrage anhängig ist, zur Entscheidungsnorm dienen, die bloße Unsittlichkeit des Gegenstandes und Zweckes des Vertrages als Grund der rechtlichen Unwirksamkeit anerkennen, wie dieses nach dem Obigen mit dem römischen Rechte der Fall ist. Unter dieser Voraussetzung ist gewiß anzunehmen, daß ein Vertrag, dessen wesentlicher Bestimmungsgrund und Zweck darin bestehet, einem Dritten — sei dieß nun eine Privatperson oder der Staat, sei es der eigne oder ein fremder Staat — Dasjenige zu entziehen, worauf diesem zufolge der Gesetze des Ortes, wo der Vertrag in Erfüllung gehen, oder die den Gegenstand desselben ausmachende Handlung vorgenommen werden soll, ein vollkommnes Recht zustehet, eine Verletzung der Sittlichkeit enthalte, und daher, auch wenn deßhalb von den inländischen Gerichten, bei dem Mangel eines ihren Entscheidungen zur Norm dienenden Gesetzes, eine Strafe gegen die Contrahenten nicht erkannt werden kann, doch keine civilrechtliche Verbindlichkeit, auf welche ein Klagrecht gegründet werden könnte, zu erzeugen geeignet sei.

In Kurhessen existirt keine allgemeine particularrechtliche Bestimmung über die rechtliche Wirksamkeit eines gegen die Grundsätze der Sittlichkeit anstoßenden Vertrages; es kommen also daselbst die Verfügungen des römischen Rechts zur Anwendung; und hiernach ist, der obigen Ausführung entsprechend, entschieden worden.

---

12) Weber von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 68. S. 248.

XXIV.

Ueber die Gültigkeit einer gegen die Gesetze eines fremden Staates abgeschlossenen Assekuranz. *)

Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß eine Assekuranz ungültig ist, die sich auf ein Unternehmen bezieht, welches nach den Gesetzen des eignen Landes der Contrahenten verboten ist [1]). Auf die Gesetze des Ortes, wo der Vertrag perfect wird, oder erfüllt werden soll, kommt deßhalb nichts an, weil die Unterthanenqualität durch den temporären Aufenthalt im Auslande nicht aufhört. Diese Ungültigkeit ist aber auch dann vorhanden, wenn die Assekuranz eine Unternehmung zum Gegenstande hat, welche den Gesetzen des Landes nur eines der Contrahenten, des Versicherers oder des Versicherten zuwider ist; denn wenn auch zunächst nur der Theil gesetzwidrig handelt, welcher einen Vertrag gegen die Gesetze seines Landes abschließt, so trifft doch den andern Theil, weil er die Gesetzübertretung begünstigt, der Vorwurf der Theilnahme, und daher kann keiner der Contrahenten einen Rechtsanspruch gegen den andern aus einem solchen Vertrage ableiten. Hatte nämlich die Assekuranz eine Uebertretung der Gesetze des Landes des Versicherers zum Gegenstande, und wird derselbe von dem Versicherten auf Ersatz des Schadens belangt, so ergiebt sich von selbst, daß die Gerichte dieses Landes nicht verurtheilen können auf den Grund eines nach ihren Gesetzen verbotenen Vertrages. Derselbe Erfolg tritt auch dann ein, wenn, weil z. B. der Versicherer seinen Wohnort verändert hat, die Klage in einem Lande angestellt wird, dessen Gesetze den Vertrag nicht verbieten, denn die Gültigkeit einer Obligation ist nach denjenigen Gesetzen zu beurtheilen, welche zur Zeit ihrer Entstehung auf sie angewendet

---

*) Archiv für die civilistische Praxis. XXI. Bd. 2tes Heft. 1838. S. 221 — 228. v. D. Ludwig Dunker, Universitäts-Syndikus zu Marburg.

1) l. 5. C. de legib. (1. 14.) Benecke System des Assecuranz- und Bodmereiwesens. Th. 1. S. 26. ff.

werden mußten [2]). Klagt dagegen der Versicherer gegen den Versicherten auf Bezahlung der Prämie, so kann daher, wiewohl nach den Gesetzen seines Landes der Vertrag bestehen könnte, wegen der Ungültigkeit desselben nach den Gesetzen des Landes des Klägers demselben eine Einrede entgegen setzen, und die Replik desselben, daß der Verklagte an der unerlaubten Handlung Theil genommen habe, durch die Duplik elidiren, daß in einem solchen Falle für den Besitzer zu sprechen sei [3]). Ganz auf gleiche Weise verhält es sich, wenn der Vertrag gegen die Gesetze des Landes des Versicherten abgeschlossen ist.

Einige ältere Juristen gehen aber noch weiter, und behaupten die Ungültigkeit der Assekuranz auch für den Fall, wenn beide Contrahenten Ausländer sind [4]). Pothier a. a. O. begründet diese Ansicht auf folgende Weise: Diejenigen, welche nach einem Lande Handel treiben, sagt derselbe, seien nach dem Völker- und Naturrechte den Gesetzen dieses Landes unterworfen. Jeder Regent habe Gewalt und Jurisdiction über alles, was in seinem Lande vorgehe; er habe mithin das Recht, für den Handel in seinem Lande Gesetze zu geben, welche alle die verbänden, die jenen trieben, ohne Rücksicht darauf, ob es Ausländer oder Unterthanen seien. Man könne dem Regenten das Recht nicht streitig machen, gewisse Waaren in seinem Lande zurückzuhalten, und deren Ausfuhr zu verbieten; ihre Ausfuhr sei mithin eine Verletzung des Rechtes sie zurückzuhalten, und daher eine Gesetzwidrigkeit. Ueberdies, wenn selbst, was aber falsch sei, ein Franzose den spanischen Gesetzen nicht unterworfen wäre, rücksichtlich des Handels, welchen er nach Spanien triebe, so könne man doch nicht leugnen, daß die Spanier, deren er sich bedienen müsse, diesen Gesetzen unterworfen seien, und daß diese gesetzwidrig handelten, wenn sie bei der nach ihren Gesetzen, verbotenen Exportation behülflich wären. Da nun der Schmuggelhandel nach Spanien nicht möglich sei, ohne die Spanier zu Gesetzesübertretungen zu verleiten, so nehme auch der Schmuggler an diesen Theil; denn auch der handle gesetzwidrig, welcher einen andern zur Gesetzesübertretung verleite. Ein solcher

---

2) Weber natürliche Verbindlichkeit §. 62. Eichhorn. Einleitung §. 36.

3) l. 8. D. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) Porro autem si et dantis & accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse. l. 2. C. eod. (4. 7.)

4) Pothier traité des assurances c. 1. sect. 2. art. 2. n. 58. Marshall a treatise on the law of insurance tom. 1. chap. 3. §. 1. p. 51 — 53.

Handel sei daher unerlaubt und gegen die bona fides, und deshalb sei eine sich darauf beziehende Assekuranz ungültig.

Die bei weitem größere Mehrzahl der Juristen hat aber die Assekuranz gegen die Gesetze eines fremden Staates von jeher aus dem Grunde für gültig angesehen, weil der Ausländer jenen Gesetzen nicht unterworfen sei [5]). Was die Particulargesetze anbelangt, so erklären diese meistens den Schmuggelhandel nach andern Ländern geradezu für erlaubt, und die sich darauf beziehende Assekuranz für gültig [6]).

Jene ältere Ansicht ist neuerdings von Pfeiffer [7]) bei Gelegenheit eines, seinem Inhalte nach unter den Begriff der Assekuranz gehörende Falles, wieder in Schutz genommen. Pfeiffer bezieht sich zunächst auf die im gemeinen Rechte ausgesprochene Ungültigkeit aller auf einer moralischen Schändlichkeit beruhende Verträgen. (l. 26. de verb. obl. [45. 1.] l. 185. de reg. jur. [50. 17.] l. 6. C. de pactis. [2. 3.]) und behauptet, daß zu diesen Verträgen auch diejenigen gehörten, welche die Uebertretung der Gesetze eines fremden Staates zum Zwecke hätten. Die Uebertretung fremder Steuergesetze sei freilich kein gemeines Verbrechen, es lasse sich aber doch annehmen, daß ein Vertrag, dessen wesentlicher Bestimmungsgrund und Zweck darin bestehe, einem Dritten, — sei dieses eine Privatperson oder der Staat, sei es der eigne oder ein fremder Staat, — dasjenige zu entziehen, worauf demselben zufolge der Gesetze des Ortes, wo der Vertrag in Erfüllung gehen, oder die den Gegenstand desselben ausmachende Handlung vorgenommen werden solle, ein vollkommenes Recht zustehe, eine Verletzung der Sittlichkeit enthalte, weshalb ein solcher Vertrag nach gemeinem Rechte als pactum turpe ungültig sei.

Die Entscheidung unserer Controverse ist von Pfeiffer ganz richtig von der Frage abhängig gemacht, ob in der Uebertretung auswärtiger Gesetze eine Verletzung der Sittlichkeit liege, ob also die zum Zwecke der Uebertretung dieser Gesetze abgeschlossenen Verträge unter den Begriff derjenigen gehören, welche das gemeine Recht als pacta turpia ungültig erklärt.

---

5) Valin comm. sur l'ordon. marit. art. 49. tit. des assur. Emerigon traité des assur. chap. 8. sect. 5. Benecke a. a. O. Th. 1. S. 34. 35. Mittermaier deut. P. R. §. 212. Eichhorn Einl. §. 114. Pöhls Darst. des See-Assekuranzr. Th. 1. S. 70. 71. Maurenbrecher dert. P. R. §. 391.

6) Ueber England: Park a system of the law of marine insur. chap. 13. Marshall l. c. p. 53. über Frankreich: Emerigon l. c. (in le nouveau Valin p. 399. 400); über Hamburg: Benecke a. a. O. S. 35.

7) prakt. Ausführungen B. 3. N. 4.

Mit der im römischen Rechte so häufig vorkommenden Wendung, es sei eine Handlung gegen die guten Sitten, (contra, adversus bonos mores) verbindet dasselbe eine doppelte Bedeutung.

1. In der weitern und eigentlichen Bedeutung versteht es unter dem, was gegen die guten Sitten ist, jede Handlung, welche gegen die allgemeinen Grundsätze der Sittlichkeit verstößt. Am deutlichsten ist dieser Begriff ausgesprochen in der l. 15. de cond. instit. (28. 7.) — nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est. Als einzelne Beispiele werden in der l. 9. eod. angegeben: wenn Jemand seinen Vater aus der Gefangenschaft nicht loskauft, und seinen Eltern oder seinem Patrone keine Alimente reicht. Ferner ist die Verabredung gegen die guten Sitten, daß der Ehemann das benef. competentiae nicht haben solle, weil sie die Achtung verletze, welche die Frau gegen ihren Ehemann haben müsse[8]); oder der Vertrag, daß man wegen eines noch zu begehenden Verbrechens des andern Contrahenten keine Klage anstellen wolle, weil die Gültigkeit eines solchen Vertrages zu Verbrechen anreize[9]).

Alles, was gegen die guten Sitten ist, ist auch moralisch schändlich, (turpe inhonestum,) und daher wird auch beides als gleichbedeutend gebraucht[10]). Den Gegensatz davon bildet das honestum, welches Brisson h. v. sehr treffend definirt als id, quod non modo licet, sed et virtuti et bonis moribus non adversatur, sed hoc amplius, quod decorum conveniens honorique congruum est.

Die Entscheidung der Frage, ob etwas gegen die guten Sitten sei, ist nicht abhängig von den Ansichten, welche bei einem gewissen Volke, zu einer bestimmten Zeit, über diesen Gegenstand herrschen, sondern richtet sich nach den unwandelbaren Grundsätzen einer vernünftigen Moral. Honestum igitur, sagt Cicero fin. lib. 2. c. 14. id intelligimus, quod tale est, ut detracta omni utilitate, sine ullis praemiis per se ipsum possit jure laudari, quod quale sit

---

8) l. 14. §. 1. solut. matrim. (24. 3.)

9) l. 27. §. 3. 4. de pact. (2. 14.) l. 1. §. 7. depos. (16. 3.) Vgl. noch l. 1. §. 1. de extraord. crim. (47. 11.) l. 15. §. 5. 20. 38. de injur. (47. 10.)

10) l. 134. pr. de verb. oblig. (45. 1.) — respondit, ex stipulatione, quae proreponetur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta. l. 9. §. 1. de lib. & postum (28. 3.) l. 112. §. 3. de leg. I. (30.) Tit. D. de cond. ob turp. caus. (12. 5.) Tit. C. eod. (4. 7.)

noe tam definitione, qua usus sum, intelligi potest, quamquam aliquantum potest,) quam communi omnium judicio et optimus cujusque studiis atque factis. Es ist daher auch ganz gleichgültig für den Begriff dessen, was gegen die guten Sitten ist, ob die Gesetze eines bestimmten Staates eine Handlung welche nach jenen allgemeinen Grundsätzen der Sittlichkeit verdammt wird, auch mit einer Strafe belegt, oder doch wenigstens für juristisch ungültig und wirkungslos erklärt haben. Ja, selbst wenn die Gesetze des Staates eine unsittliche Handlung erlauben, und gewisse juristische Folgen damit verbinden, von ihrer moralischen Schändlichkeit verliert sie dadurch nichts[11]). Das gemeine Recht erklärt z. B. die durch solche Spiele, die weder Abhärtung des Körpers noch Belebung des Muthes bezwecken, entstandenen Schulden, und das Particularrecht sehr häufig die Schulden, welche gegen die für einzelne Classen von Unterthanen gegebenen Creditedicte sind, für ungültig; dennoch ist man aber darin einverstanden, daß derjenige contra bonos mores handelt, welcher sich durch Beziehung auf die Gesetze gegen seinen Gläubiger vertheidigt[12]).

2) In der engern und uneigentlichen Bedeutung versteht das römische Recht unter den gegen die guten Sitten verstoßenden Handlungen solche, welche nur nach der individuellen Ansicht des römischen Volkes unsittlich sind, also ohne Rücksicht darauf, ob sie auch nach allgemeinen Grundsätzen der Moral verwerflich erscheinen. Die l. 42. de verb. sign. (50. 16.) sagt in dieser Beziehung: — proba quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis, ut puta furto, adulterium natura turpe est, enimvero tutelae damnari, hoc non natura probrum est, sed more civitatis, nec enim natura probrum est, quod potest etiem in hominem idoneum incidere[13]). Da Handlungen dieser Art nur verwerflich sind nach der Ansicht eines

---

11) Non omne quod licet, honestum est. l. 144. de reg. jur. (50. 17.) Semper in conjunctionibus non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit. l. 42. de rit. nupt. (23. 2.)

12) Le contrat du jeu quoiqu' intervenu contre la défense de la loi civile, étant un contrat, qui ne renferme aucune injustice en soi, ne doit pas moins obliger celui qui a perdu, à exécuter son engagement & à payer la somme qu' il a joué. — J'incline à penser que ceux qui ont perdu, en jouant sur leur parole, à des jeux défendus, des sommes considerables, sont obligés dans le for de la conscience de les payer. Pothier traité du contr. du jeu chap. 3. §. 1. n. 55. & 58. (Traités de droit civil tom. 3.)

13) — adversus bonos mores hujus civitatis in l. 15. §. 6. de injur. (47. 10.)

bestimmten Volkes, zu einer bestimmten Zeit, so kann ihnen dieser Character, da er ihnen nicht mit innerer Nothwendigkeit anklebt, nach der Ansicht eines andern Volkes, welche von den allgemeinen Grundsätzen der Moral nicht abweicht, oder selbst nach der Ansicht jenes, welches dieselbe berichtigt, zu einer andern Zeit fehlen. Hierher gehört z. B. das im römischen Rechte enthaltene bekannte Verbot der Erbverträge, weil dieselben contra bonos mores seien [14]), während das deutsche Recht diese Verträge von jeher für gültig angesehen hat. Ein anderes Beispiel kommt bei den Assekuranzen vor. Mehrere ältere Partikulargesetze [15]) verbieten, das Leben eines Menschen zu versichern, und Pothier [16]) giebt als Grund dafür an, daß es gegen die guten Sitten sei, das Leben eines freien Menschen zu Geld anzuschlagen. Das heutige Recht findet jedoch in einer solchen Assekuranz durchaus nichts Anstößiges und erklärt sie daher für ungültig [17]).

Dieses vorausgeschickt, hat die Entscheidung der Frage, ob die Uebertretung fremder Zollgesetze gegen die guten Sitten sei, keine Schwierigkeit.

Nach allgemeinen Grundsätzen ist der Verkehr frei, und demnach ist es jedem erlaubt, sowohl rücksichtlich seines als auch eines fremden Staates ein- und auszuführen, was er will, ohne in dieser Beziehung irgend einer Beschränkung unterworfen zu sein. Die Staaten mögen immerhin ihre Gründe haben, den Verkehr auf die eine oder die andere Art zu beschränken; eine solche Verfügung kann aber nur für die Unterthanen dieser Staaten verbindende Kraft haben; denn das Verbot oder die Beschränkung einer an sich erlaubten Handlung kann die Ausländer nicht binden, und eben so wenig bekommt durch ein solches Gesetz die Handlung den Character der Unsittlichkeit im Allgemeinen. Der oben erwähnte Grund Pfeiffer's, daß es eine Unsittlichkeit sei, einem Dritten das zu entziehen, worauf er ein Recht habe, muß freilich im Allgemeinen als richtig zugegeben werden, derselbe paßt jedoch nicht für den vorliegenden Fall, weil der inländische Staat dem Ausländer gegenüber ein solches Recht gar nicht hat; denn das aus dem Ein- oder Ausfuhrverbote hervorgehende Recht des Staates reicht nur so weit, als jenes Gesetz verbindende Kraft hat,

---

14) Thibaut Syst. §. 852 (8te Ausg.)

15) Benecke a. a. O. Th. 1. S. 54. Pohls a. a. O. Th. 1. S. 74.

16) Traité des assur. chap. 1. sect. 2. art. 2. n. 27.

17) Pohls a. a. O. S. 75. f. Ein anderes Beispiel enthält c. 14. C. 32. q. 1. und c. 20. X. de sponsal. (4. 1.) verglichen mit Hert opusc. vol. 2. tom. 3. p. 273. paroem. 12.

d. h. für die Unterthanen dieses Staates. Da man nun auch nicht behaupten kann, daß nach einer eigenthümlichen Ansicht des in Deutschland geltenden Rechtes die Uebertretung der Zollgesetze eines Staates, zu welchem der Schmuggler nicht in einem Unterthanenverhältniß steht, eine unsittliche Handlung sei, so ist auch ein Assekuranzvertrag, welcher sich auf ein solches Unternehmen bezieht, unter Ausländern als gültig anzusehen.

XXV.

Von der Verbindlichkeit der Jagdberechtigten zum Ersatze des den Grundeigenthümern zugefügten Wildschadens. *)

„Uebermäßig oder nicht, so sind doch die benachbarten Aecker- und Wiesen-Besitzer nicht verpflichtet, ihre Felder und Wiesen, ohne Entschädigung, von den Hirschen und Schweinen des Jagdberechtigten verwüsten zu lassen!“ Diese wahrhaft königlichen Worte eines der größten Monarchen Teutschlands und Europas [1]) stellen die hier zu erörternde Rechtsfrage sogleich von der practischen Seite auf denjenigen Standpunct, welchen auch die genaueste Forschung der Theorie als den einzig richtigen anerkennen läßt. Das eben ist nemlich die gewöhnliche Einrede der Jagdberechtigten, womit sie die Verbindlichkeit zum Ersatze des Wildschadens sich zu entziehen suchen, daß ihnen kein Uebermaaß ihres Wildstandes zur Last falle, daß aber der mäßige Gebrauch der ihnen einmal zustehenden Jagdgerechtigkeit sie nicht für den Nachtheil, welchen Andre folgerungsweise dadurch erleiden, verantwortlich machen könne, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, daß auch die in Ansehung der Größe des Wildstandes mäßig ausgeübte Jagdgerechtigkeit schon durch ihre Ausschließlichkeit ein Hinderniß für jeden Anderen darbietet, sein Eigenthum gegen den Wildschaden auf die wirksamste Weise, durch unmittelbare Befehdung des Wildes selbst und dessen

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. III. Teutsches Privatrecht. S. 91 — 107. u. 113 — 118.

1) Friedrich Wilhelm III., in einer Cabinetsordre vom 30. Sept. 1827.

Vernichtung, zu schützen, woraus gerade die Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Abwendung solchen Schadens oder dessen Ersatz ganz von selbst entspringt. Sei also der Wildstand übermäßig oder nicht, so ziehet die Beschädigung fremden Eigenthums durch das Wild die Verpflichtung des mit der ausschließenden Jagdgerechtigkeit Versehenen zur Entschädigung als natürliche Folge nach sich. Doch läßt sich dieser Satz auch noch ausführlicher begründen, und er bedarf einer solchen Begründung, weil bisher nur wenige Rechtsgelehrten sich der Fesseln der herkömmlichen Doctrin in solchem Grade zu entledigen gewußt haben, um das eigentlich hier entscheidende Princip in seiner vollen Reinheit aufzufassen und mit Consequenz festzuhalten.

Gehet man im Allgemeinen von dem Rechtsgrundsatze aus: „das Niemand schuldig sei, auf dem Seinigen und mit seinem Nachtheile einem Andern sein Wildpret zu unterhalten", welcher Grundsatz von Gylmann [2]) als Entscheidungsgrund wiederholter kaiserlicher Befehlschreiben an einen teutschen Fürsten wegen Verhütung des Wildschadens angeführt wird, und daß demnach ein jeder Eigenthümer das Wild, welches sich in seinen Waldungen und Feldern aufhält, und das von seinem Eigenthume zehrt, müsse fangen oder schießen dürfen [3]), so ergiebt sich hieraus mittelst directer Schlußfolge der weitere Grundsatz: daß Derjenige, welcher den Grundeigenthümer verhindert, sich selbst auf solche Weise gegen die Beschädigung seines Eigenthums zu schützen, indem er ihm gerade das wirksamste und allein vollständig ausreichende Mittel, das Schießen des Wildes, untersagt, eben aus diesem Grunde für denjenigen Schaden, zu dessen Abwendung er um seines Vortheils willen jenen ausser Stand setzt, selbst zu haften, vollkommen verpflichtet sei. Auf diesen Rechtsgrund, nemlich die Prohibition des Jagdberechtigten, führen daher auch nicht nur die älteren Schriftsteller die Verbindlichkeit desselben, den durch das Wild verursachten Feldschaden zu ersetzen, zurück [4]), und stellen demnach die Alternative auf, daß der Jagdberechtigte entweder das Schießen des Wildes dem Grundeigenthümer gestatten, oder den durch dasselbe verursachten Schaden ersetzen müsse [5]), sondern auch

---

2) in symphor. supplicat. camer. imp. T. II. P. 3. tit. 5. suppl. 2.

3) Häberlin Handb. d. teutsch. Staatsr. Th. III. §. 373.

4) Klock T. I. cons. 30. n. 21. Schilter exerc. ad Pand. Ex. 4. §. 18. Hildebrand de conservatione ferarum nociva; in Moser dissert. iur. publ. No. 16. §. 7.

5) Gail observ. pract. Lib. II. obs. 68. §. 10. Beck tract. de jure forestali. Cap. 13. §. 3. p. 247.

die neueren stimmen beinahe sämmtlich hiermit insofern überein, als sie die Verpflichtung zum Schadensersatze unmittelbar daraus, daß gegenwärtig die freie Occupation des Wildes nicht mehr gestattet, vielmehr deren Ausübung durch Fangen und Schießen des Wildes eine ausschließende Befugniß des Jagdberechtigten geworden ist, ableiten [6]), welches Prinzip auch sowohl einem Erkenntnisse des O. A. Gerichts zu Wolfenbüttel auf Ersatz des Wildschadens vom Jahre 1824 zum Grunde gelegt [7]), als auch in einer großh. hessischen Verordn. v. 1813 dahin bestimmt ausgesprochen wurde: „daß der Jagdberechtigte den Wildschaden nur darum tragen müsse, weil um seinetwillen der Landwirth verbunden sei, sich der Tödtung des Wildes zu enthalten [8])".

Hiernach braucht man sich auf die allerdings nicht unzweifelhafte Frage, in wie fern der Jagdberechtigte als Eigenthümer des Wildes für den von demselben verursachten Schaden einstehen müsse, und deßfalls mit den hierauf sich beziehenden Klagen, Actio quadrupedaria und de pastu, belangt werden könne [9]), wogegen insbesondere Mittermaier [10]) sich erklärt, eigentlich gar nicht einzulassen, wiewohl es nicht zu verkennen ist, daß doch ein mit jenem sehr analoges Rechtsverhältniß daraus hervorgeht, daß der Jagdberechtigte auf alles Wild, welches in seinem Jagdreviere angetroffen wird, ausschließend Anspruch macht, und solchergestalt eine seinen Mitbürgern schädliche Thierart zu seiner alleinigen Disposition hält; woraus denn auch gar wohl gleiche rechtliche Wirkungen gefolgert werden können [11]). Als Folge jenes allgemeinen, in der Natur einer ausschließenden Jagdberechtigung an und für sich beruhenden, mithin rein objectiven, Rechtsgrundes muß nun aber die Verbindlichkeit des Jagdberechtigten zum Ersatz des Wildschadens für eine ganz unbedingte gehalten werden. Insonderheit findet dabei keine Beschränkung statt 1) mit Rücksicht auf ein vorauszusetzendes Verschulden des Jagdberechtigten, indem seine Verpflichtung durchaus nicht von einzelnen Um-

---

6) Runde Grundsz. d. teutsch. Privatr. §. 160. Eigenbrod Handb. d. großh. hessischen Verordn. B. III. §. 324. S. 304. Eichhorn teutsch. Privatr. III. Ausg. §. 285.

7) Waldeck Controversen-Entscheidungen. Th. I. N. 4. S. 95 f.

8) Eigenbrod a. a. O. S. 310.

9) Klock l. c. §. 24. Hildebrand l. c. §. 8. 13. Danz Handbuch d. deutsch. Privatr. B. II. §. 160. S. 77.

10) Grundsz. d. teutsch. Privatr. IV. Ausg. §. 276.

11) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen. B. III. N. 6. S. 31. Schenk Handbuch des Forstrechts. §. 257. S. 518.

ständen eines concreten Falles abhängt, sondern in der von ihm ausgehenden Verhinderung der Grundeigenthümer an dem eignen Schutze ihres Eigenthumes durch Fangen oder Schießen des nur seiner Disposition vorbehaltenen Wildes überhaupt ihren Grund hat; 2) mit Rücksicht auf eine den Grundeigenthümern etwa zur Last fallende Versäumung der ihnen erlaubten Sicherungs-Maaßregeln, denn deren Gebrauch kann nur als ein Recht derselben angesehen, nicht als eine Verbindlichkeit von ihnen gefordert werden [12]). Daher die abweichende Meinung einiger Rechtsgelehrten [13]) lediglich auf den Fall zu beschränken ist, daß den Grundeigenthümern die Anwendung gewisser Schutzmittel gesetzlich vorgeschrieben sei; und selbst unter dieser Voraussetzung erkannte das O. A. Gericht zu Wolfenbüttel, daß nicht dem beschädigten Eigenthümer der Beweis, daß er von den ihm gestatteten Mitteln gehörigen Gebrauch gemacht habe, sondern dem Jagdberechtigten, daß durch eine hierbei bewiesene Nachlässigkeit der Wildschaden veranlaßt worden sei, obliege [14]). Jene Verbindlichkeit leidet ferner keine Beschränkung 3) mit Rücksicht auf den gewöhnlichen Standort des Wildes, von welchem der Schaden zugefügt worden ist, und ob solcher in dem Jagdreviere des in Anspruch genommenen oder in einer fremden Waldung ist, da dieses nur, wenn von dem Verschulden des Jagdberechtigten die Rede sein könnte, in Betracht käme [15]), nach dem obigen allgemeinen Rechtsgrunde aber nur der Umstand entscheidend ist, ob jenem an dem Orte der Beschädigung das ausschließende Occupationsrecht zustehet [16]).

Endlich giebt auch zu einer Beschränkung der erwähnten Verbindlichkeit 4) die Rücksicht keine Veranlassung, ob das Wild von dem Jagdberechtigten übermäßig gehegt worden sei oder nicht. Dieser Punct ist jedoch der schwierigste, und verdient insonderheit auch um deßwillen eine genauere Prüfung, weil gerade hierbei die

---

12) Hildebrand l. c. §. 10. Schilling Handb. d. kön. sächsischen Forst- und Jagdrechts. §. 211.

13) v. Bülow a. a. O. S. 43. Auch Mittermaier hatte in der dritten Ausg. der angeführten Schrift die Verbindlichkeit zum Ersatz des Wildschadens mit davon abhängig gemacht, daß den Grundeigenthümer nicht selbst ein Vorwurf der Nachlässigkeit treffe; diese Beschränkung ist aber in der vierten Ausg. weggeblieben.

14) Waldeck a. a. O. S. 84.

15) Eigenbrod a. a. O. S. 304.

16) Waldeck a. a. O. S. 98. Hiermit nicht einverstanden erklärt sich Mittermaier a. a. O., was auf seiner sogleich zu erwähnenden Ansicht von der übermäßigen Hegung, als Bedingung des Schadensersatzes, beruhet.

Ansicht zweier der ausgezeichnetsten unter den neuern Schriftstellern — Eichhorn und Mittermaier — welche wirklich eine übermäßige Hegung des Wildes als rechtliche Bedingung des Wildschadens-Ersatzes aufstellen, als wesentlich abweichend erscheint, gleichwohl mit gewiß nicht unerheblichen Zweifelsgründen bestritten werden kann.

Gehet man nemlich lediglich von dem obigen Gesichtspuncte, wie doch auch Eichhorn thut, aus, daß die Verbindlichkeit zu solchem Ersatze in der Natur der ausschließenden Jagdberechtigung an und für sich gegründet, und also eine unmittelbare Folge der Zuständigkeit dieser Berechtigung sei, so kann man nicht wohl deren Wirksamkeit erst noch von der Voraussetzung des Uebermaaßes im Hegen des Wildes abhängig machen, da diese Voraussetzung auf ein ganz anderes Fundament, nemlich ein dem Jagdberechtigten zur Last fallendes Verschulden[17]), hinführen würde. Bekennt man sich aber freilich zu der Meinung, daß der Schaden, welcher von dem mäßig gehegten Wilde den Grundeigenthümern zugefügt wird, nur eine natürliche Folge der Jagdausübung sei, und, als von derselben unzertrennlich, jenen, gewissermaaßen als Besitzern von dienenden Grundstücken, zur Last falle, dann scheint zwar wohl das obige Resultat hierdurch gerechtfertigt, allein diese Voraussetzung selbst wird von mehrern bewährten Rechtsgelehrten als durchaus unhaltbar angegriffen. So nennt es Häberlin[18]) — in der kräftigen Sprache, welche er immer führt, wo es ihm auf die lebhafte Vertheidigung schwer gekränkter Rechte ankommt, — geradezu einen teuflischen Grundsatz: „daß die Früchte auf den Feldern der Unterthanen zur Nahrung für das Wild dienen müßten, wenn es an der nöthigen Grasung fehle, und daß dieß eine unmittelbare Folge des Jagdregals sei.“ Ebenso verlangt Schilling[19]): man müsse abgehen von dem irrigen Grundsatze, daß jene Erzeugnisse mit zur Erhaltung des Wildprets vorhanden seien. Dagegen rühmt es Schenk[20]): daß man heutzutage so weit in der Theorie gekommen sei, daß der Wildschaden nicht mehr als bloßer Zufall, dessen Folgen der Eigenthümer des beschädigten Grundstücks zu tragen habe, betrachtet werde. Auch läßt sich als Gegengrund des Prinzips, daß der Jagdberechtigte für jeden, auch durch nicht übermäßig gehegtes Wild verur-

17) welches auch Mittermaier ganz ausdrücklich hierbei unterstellt.

18) a. a. O. S. 181.

19) im Archiv f. Cameralrecht. B. 1. Not. 2. S. 47.

20) a. a. O. S. 518.

sachten, Schaden haften müsse, nicht anführen, daß solchemnach der Jagdberechtigte, um sich keiner solchen Verantwortung auszusetzen, den ganzen Wildstand ausrotten, und folgerungsweise die ihm doch unbestritten zustehende Jagdgerechtigkeit gänzlich aufopfern müsse; denn 1) würde, auch wenn dieß der Fall wäre, davon doch kein Grund hergenommen werden können, eine Verletzung des Eigenthums eines Dritten zu rechtfertigen, welche mit der Ausübung der Jagdgerechtigkeit durchaus nicht in einem wesentlichen und nothwendigen Zusammenhange steht, indem, selbst unter dem Gesichtspuncte einer dem Jagdberechtigten gegen den Grundeigenthümer zustehenden Servitut, diese doch lediglich darin bestehet, daß letzterer das Jagen des Wildes auf seinem Grundstücke dulden und sich selbst dessen enthalten, keineswegs aber zugleich darin, daß er das jenem zur Jagd dienende Wild mit den von ihm gezogenen Früchten unterhalten müsse; das Jus venandi begreift offenbar nicht auch ein Jus pascendi in sich, und es würde daher die Grenzen des objectiven Umfangs der Jagdgerechtigkeit völlig überschreiten heißen, wenn der Jagdberechtigte dieselbe dahin ausdehnen wollte, daß der Grundeigenthümer sich auch den Wildfraß auf seinen Feldern, ohne sich weder selbst durch Fangen und Tödten des Wildes dagegen zu schützen, noch Ersatz des Schadens von jenem zu verlangen, gefallen lassen müßte. Ein ganz analoges Beispiel scheint mir der Fall einer Triftgerechtigkeit zwischen angebaueten Feldern darzubieten, wo auch der Berechtigte sich, so lästig es ihm werden mag, streng auf die Ausübung der Trift, ohne die anliegenden Kornfeldern oder Kleeäcker durch sein Vieh beschädigen zu lassen, einschränken, und jeden etwa doch verursachten Schaden ersetzen muß. Jedenfalls aber bringt es das Princip des civiliter uti mit sich, daß, sowie der Triftberechtigte, um die anliegenden Felder gegen das sonst unvermeidliche Abfressen vollkommen zu sichern, von der vollen Breite seiner Trift Gebrauch zu machen verhindert wird, auch der Jagdberechtigte, um die Beschädigung der dem Walde nahe liegenden Felder durch das Wild zu verhüten, sich selbst gewisse Beschränkungen in der Ausübung seiner Jagdgerechtigkeit auflegen muß. Eben dieses aber führt nun 2) auf den weitern Gegengrund des von der zu Verhütung eines jeden Schadens nothwendigen Vertilgung des Wildes hergenommenen Arguments; diese Schlußfolge ist nemlich nicht einmal factisch begründet, indem a) bei einem der Größe und Beschaffenheit des Jagdreviers angemessenen Wildstande in der Regel gar kein Schaden zu besorgen ist, in welcher Hinsicht bei den Verhandlungen auf dem calenbergischen Landtage im Jahre 1788 als Erfahrungssatz angenommen wurde, daß das Wild nicht eher die Felder und

Gärten besuche, als bis es ihm an hinlänglicher Nahrung in den Wäldern fehle, welches insonderheit bei einer Uebervölkerung desselben der Fall sei, die jedoch vermieden werde, wenn z. B. auf einer Quadratmeile nicht mehr als 10 bis 12 Sauen und 20 bis 25 Stück Rothwild sich befänden[21]). Sollte indessen auch bei einem solchen, das Verhältniß der Größe des Reviers nicht überschreitenden, Wildstande der Fall eintreten, daß durch ungewöhnliche Ereignisse die sonst zureichende Nahrung desselben geschmälert würde, so kann immer durch Futterung des Wildes in dazu angelegten Scheuern nachgeholfen werden[22]). Ein anderes zur Verhütung des Wildschadens geeignetes Mittel ist b) die Anlegung von Wildzäunen; und gewiß ist es dem allgemeinen Rechtsprincip gemäßer, den Jagdberechtigten zum Gebrauche dieses Schutzmittels gegen Beschädigung des Privateigenthums, wozu ihm kein Recht zusteht, verbindlich zu halten, als von den Grundeigenthümern die Umzäunung ihrer Felder zur eignen Sicherung gegen solche widerrechtliche Beschädigung zu verlangen. Die Anlegung von Wildzäunen wird selbst von staatswirthschaftlichen Schriftstellern angerathen[23]), und sogar unter den Gesichtspunct einer Verpflichtung des Jagdberechtigten gestellt[24]); auch fehlt es nicht an Beispielen, wo dieselbe practisch angewendet worden ist[25]), und noch vor wenig Jahren hat der König von Sachsen, zu Abwendung alles Wildschadens, eine Beschränkung des Wildes auf besonders eingezäunte Bezirke ausdrücklich verordnet[26]). Dem Jagdberechtigten stehet also unzweifelhaft hierin ein Mittel zu Gebot, wodurch er, ohne die Ausübung seiner Jagdgerechtigkeit aufzugeben, einen Nachtheil von den Grundeigenthümern abwendet, dessen Zufügung kein wesentlicher Bestandtheil der Jagdausübung ist, und wozu demnach diese den Jagdherrn nicht berechtigt; aus eben diesem Grunde aber ist derselbe, jenes Mittel anzuwenden oder den aus der Unterlassung folgenden Schaden zu ersetzen, vollkommen verpflichtet.

---

21) v. Moser Forstarchiv. B. VII. N. 1. S. 6. 22. 49.

22) Vergl. Stisser Forst- und Jagd-Historie. Cap. 6. §. 77.

23) v. Völderndorf bei Häberlin a. a. O. S. 183.

24) Jung Staatspolizei-Wissenschaft. §. 838. (v. Berg Rechtsfälle. Th. I. S. 239.)

25) v. Berg a. a. O. v. Bülow a. a. O. S. 34. Not. x.

26) Nach Haubold und Günther im Lehrb. d. kön. sächs. Privatr. §. 304 a, gilt „die Verbindlichkeit der Jagdberechtigten, dem Grundstücks-Inhaber den Wildschaden zu ersetzen," als anerkannter Grundsatz des sächsischen Rechts.

Daher sind denn auch die meisten älteren und neueren Schriftsteller für die unbedingte Verpflichtung des Jagdberechtigten zum Ersatze alles Wildschadens, unter denen ich hier nur die unten bemerkten [27]) noch erwähne, und eben dieses bestimmen gesetzlich die neuesten großherzogl. hessischen, nassauischen, und königl. sächsischen Verordnungen, auch stimmen damit mehrere Erkenntnisse der vormaligen Reichsgerichte überein [28]), unter denen vorzüglich ein von denen Speth v. Zweifalten ausgewirktes Paritorial-Rescript des Reichshofraths an den Fürsten zu Hohenzollern vom 6. April 1717 bemerkenswerth ist, wodurch, auf die Klage eines Gutsbesitzers wegen Wildschadens, dem Fürsten aufgegeben wurde, die ihm zuständige Wildbahn wieder in ihre alten Schranken zu setzen, die Beschwerden von jenem hierin gänzlich abzustellen, hingegen eine beständige Minderung hauptsächlich durch genugsame Wegschießung des vielen Gewilds, und Abhaltung von der Unterthanen Gütern und Gründen, zu veranstalten, auch **cautionem sufficientem de parendo** zu prästiren, damit nicht nöthig sei, andre zulängliche Gegenmittel zu verordnen; woneben dem klagenden Theile die Vorlegung einer glaubwürdigen Specification ratione der ihm zugefügten Schäden nachgelassen wurd. [29]). Diesem Vorgange sind denn auch im Allgemeinen die Territorial-Gerichte in ihren Entscheidungen gefolgt [30]). Eine gegentheilige Praxis des O. A. Gerichts zu Celle, nach welcher nemlich die Verbindlichkeit des Jagdberechtigten zum Wildschadens-Ersatze von dem durch übermäßiges Hegen des Wildes begangenen Verschulden desselben abhängig gemacht werde, behaupten zwar v. Bülow und Hagemann [31]), und wollen hierauf insonderheit das angeführte Reichshofraths-Erkenntniß beschränken; doch geben sie selbst zu, daß der Beweis einer Verschuldung des Jagdherrn auf andere Weise, als durch die bloße Existenz eines beträchtlichen und wiederholten Schadens, in den mehrsten Fällen so gut als unmöglich sei, auch ein Schaden

---

27) Runde a. a. O. Danz a. a. O. Glück Erläut. d. Pand. Th. X. §. 692. S. 273. Eigenbrod a. a. O. S. 304. Schilling Lehrb. d. Jagd- und Forst-Rechts. §. 216. Desselb. Archiv des Cameral-Rechts. B. I. S. 53. Mohl i. d. krit. Zeitschr. für Rechtsw. B. I. S. 98. Waldeck a. a. O. S. 91.

28) v. Moser a. a. O. S. 27. 33. Runde a. a. O. Not. a.

29) Merkwürdige Reichshofraths-Conclusa. Th. I. Concl. 325. S. 550.

30) Danz a. a. O. S. 77.

31) a. a. O. §. 6. 9. 11. Vergl. a. v. Ramdohr juriſt. Erfahrungen. Th. II. S. 480 f.

solcher Art, wenn der Jagdherr seine Pflichten gehörig beobachte, nicht leicht entstehen könne, und dahin gehen auch nur die von ihnen angeführten Erkenntnisse des O. A. Gerichts, indem bei dem ersten von 1787 (S. 41. Not. f.) „nicht so sehr auf den Beweis eines übermäßigen Wildstandes, als auf die Beträchtlichkeit des durch die Taxation erwiesenen (in 105 Rthlr. bestehenden) Schadens, der als Wirkung von der Ursache zeugte", Rücksicht genommen, und bei dem zweiten von 1799 (S. 44.) davon ausgegangen wurde, daß „aus der wirklich bewiesenen Existenz eines beträchtlichen und zu wiederholten Malen verursachten Wildschadens auf eine dem Jagdherrn des Districts zur Last fallende übermäßige Hegung des Wildes praesumtive wohl zu schließen sei." Und hiermit stimmt auch völlig das mehrgedachte Erkenntniß des O. A. Gerichts zu Wolfenbüttel überein, zufolge dessen, „in der Beträchtlichkeit des taxirten Schadens nicht nur der Vorwurf, sondern auch der Beweis eines übermäßigen Wildstandes, nicht verkannt werden kann"[32]). Will man daher auch nicht, wie es wohl das Richtigste seyn dürfte, die auf übermäßiges Hegen zu nehmende Rücksicht bloß darauf beschränken, daß in vorkommenden Fällen dem Jagdberechtigten, neben dem unbedingten Ersatz des bereits zugefügten Schadens, das Abstellen der übermäßigen Hegung zu Verhütung weiteren Nachtheils geboten werde[33]), so kann man wenigstens nur in dem Falle, wenn ein Grundeigenthümer wegen geringfügiger Beschädigung auf Ersatz durch den Jagdberechtigten Anspruch macht, jenem den Beweis, daß solche durch übermäßiges Hegen veranlaßt worden — indem wegen des hierin liegenden Verschuldens jeder Schaden ersetzt werden muß — auflegen, oder, wenn man auch in dem Falle eines beträchtlichen Schadens noch weiteren Beweis verlangen wollte, diesen lediglich darauf, daß ein solcher beträchtlicher Schaden wirklich durch das Wild verübt worden sei, beschränken. Nur in diesem Sinne, in welchem allein das Prinzip der übermäßigen Hegung als Bedingung des Wildschadens-Ersatzes mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von dem Verhältnisse des Grundeigenthümers zu dem Jagdberechtigten in Einklang zu bringen ist, wird jenes Princip auch von Schmalz[34]) aufgestellt, indem er nemlich zwar im Resultate sich dahin ausspricht: „der Jagdherr kann zum Ersatz des Schadens, der durch den übermäßigen Wildstand verursacht

32) Waldeck a. a. O. S. 90.

33) Runde a. a. O. Schilling a. a. O. §. 216.

34) Handb. d. deutsch. Land- und Lehnrechts. §. 158. 159. Vergl. a. Pietsch Grundsz. d. Forst- u. Jagd-Rechts. §. 105 f.

wird, gezwungen werden", diesem Ausspruche aber, von der Ausschließlichkeit des Schießens und Fangens des Wildes ausgehend, den ganz mit jener Ansicht übereinstimmenden Vordersatz zum Grunde legt: „der Jagdberechtigte muß das Wild bis zur Unschädlichkeit wegschießen;" und als Mittelglied zwischen diese Verbindlichkeit des Jagdberechtigten und jenes Zwangsrecht des Grundeigenthümers die Voraussetzung stellt, daß mehr Wild gehegt werde, „als das Revier ohne Nachtheil der übrigen Acker-Inhaber im Revier ernähren kann."

Demzufolge ist auch an denjenigen Orten, wo einmal die übermäßige Hegung des Wildes, ohne nähere particularrechtliche Bestimmung, als wesentliche Voraussetzung der Verbindlichkeit des Jagdberechtigten zum Wildschadens-Ersatze angenommen wird, das Vorhandensein einer solchen keinesweges bloß darauf zu beschränken, daß der Jagdberechtigte das eigentliche Hegen des Wildes weiter ausdehne, als es nach jagdwirthschaftlichen Grundsätzen erfordert wird, und solchergestalt mittelst der hierdurch nicht gebotenen Verschonung desselben eine ungewöhnliche Vergrößerung des Wildstandes bewirke; eine übermäßige Hegung dieser Art würde allerdings vorzugsweise die Verbindlichkeit des Jagdberechtigten zum Ersatze des dadurch veranlaßten Wildschadens begründen, geschehe sie nun entweder durch willkührliche Verlängerung der jagdpolizeilichen Schonungszeit, also durch gänzliche Unterlassung des Schießens des Wildes zu einer Zeit, wo solches gesetzlich erlaubt ist, oder mittelst Ausdehnung der jagdpolizeilichen Hege auf solche Thiere, welche darunter nicht begriffen sind, z. B. männliche Hirsche und Rehe, während nur die Schonung der weiblichen gesetzlich vorgeschrieben ist. Allein nicht ausschließend in diesem Falle, sondern ebensowohl auch alsdann tritt die Voraussetzung einer die Verbindlichkeit des Jagdberechtigten begründenden übermäßigen Hege unzweifelhaft ein, wenn diese weiter ausgedehnt wird, als es, ohne Wildschaden zu veranlassen, geschehen kann, indem nemlich, unter Voraussetzung einer den jagdwirthschaftlichen Grundsätzen völlig entsprechenden Hegung, der eben hierdurch entstandenen (gewöhnlichen) Vermehrung des Wildes nicht abgeholfen, oder dasselbe nicht auf die von den Besitzungen der Grundeigenthümer entfernter liegenden hohen Waldungen eingeschränkt wird. Im Allgemeinen kann man hier wohl, insofern der Jagdberechtigte nicht durch die Anwendung besonderer Maaßregeln zur Sicherstellung der Grundeigenthümer gegen Wildschaden (z. B. Wildzäune) die unverhältnißmäßige Größe des Wildstandes ganz unschädlich macht, insonderheit von dem practischen Gesichtspuncte aus, und mit Rücksicht auf die Beweisführung, den Grundsatz aufstellen, daß

eine jede Hegung des Wildes für übermäßig zu halten sei, welche eine größere Vermehrung desselben gestattet, als zur Erhaltung der Jagd, und insbesondere der gerade vorliegenden Gattung derselben, nach jagdwirthschaftlichen, durch Sachverständige in Anwendung zu bringenden, Regeln erforderlich ist; wobei dann insonderheit die Bestimmung eines Normal-Wildstandes nach dem Verhältnisse der Größe der Waldungen, und der Mittel, welche diese zur Ernährung des Wildes darbieten, zum Grunde zu legen sein wird [35]). Und wie vollkommen richtig hierbei selbst nach jagdwirthschaftlichen Grundsätzen der Schluß von dem Vorhandensein eines Wildschadens auf die Voraussetzung eines Wild-Uebermaaßes ist, läßt sich nicht besser, als durch das Zeugniß eines der angesehensten Jagdverständigen Teutschlands (eines Nicht-Juristen) beweisen, nemlich Hartig's, welcher an der angeführten Stelle das dermalige Resultat des lange geführten heftigen Streites dahin angiebt: „daß Keiner die Erlaubniß hat, mehr Wildpret zu halten oder zu hegen, als gerade hinreicht, in den Waldungen und Feldern zu leben, um keinen bemerklichen Schaden zu machen; das heißt mit einem Wort: einen mittelmäßigen Wildpretstand halten; wer sich also unterfteht, eine größere Anzahl zu halten, der muß alle Jahr den Schaden durch vereidete Sachkenner abschätzen, und die Damnificaten vollkommen zufrieden stellen."

Die bisher vorgetragenen Grundsätze gelten nun im Allgemeinen sowohl von dem Falle, wo der Anspruch auf Ersatz des Wildschadens gegen einen Privat-Jagdberechtigten, als wenn solcher gegen den Landesherrn, oder die landesherrlichen Behörden, in Beziehung auf herrschaftliche Jagden, erhoben wird. Allein in dem letzteren Falle ist noch eine andere Rücksicht sehr wesentlich zu beachten, welche auch besonders nachdrücklich in der oben (S. 268.) angeführten königlich preußischen Cabinetsordre ausgesprochen ist. Nach der bereits mitgetheilten Stelle derselben folgen nemlich die Worte: „und es muß ihnen (den benachbarten Acker- und Wiesen-Besitzern) von Landespolizei wegen Schutz gegen solche Wildschäden verschafft werden;" zu welchem Zwecke dann die Behörden das Erforderliche zu verfügen, und, wenn kein anderes Mittel übrig bleibe, die Beschwerdeführer zum Todtschießen des auf ihre Aecker übergetretenen Schwarz- und Roth-Wildes zu ermächtigen, angewiesen werden. Dieß ist denn auch durch

---

35) Ueber den hierbei anzuwendenden Maaßstab ist zu vergleichen Hartig Forst- und Jagd-Staatsrecht. §. 243. Meyer Forstdirectionslehre. §. 84; auch Moser Forstarchiv. B. VII. N. 1. [oben S. 97.]

eine spätere Verordnung allgemein vorgeschrieben, und insonderheit rücksichtlich der Staatsforste verfügt worden, daß das Wild ohne weitere Rücksicht bis zur Unschädlichkeit vermindert, und jeder dennoch entstehende Wildschaden von dem betreffenden Forstbeamten aus seinem Beutel ersetzt werden solle. Unter diesem Gesichtspuncte [36]), welcher die Abwendung des Wildschadens als Gegenstand der dem Staate obliegenden Sorge für die Beschützung des Eigenthums aller Staatsgenossen darstellt, würde in allen Fällen ohne Unterschied, wenn die zu solchem Schutze erforderlichen Maaßregeln unterblieben wären, wegen des den Grundbesitzern zugefügten Wildschadens ein Anspruch an die Staatsgewalt, insofern diese überhaupt für gesetzwidrige Handlungen oder Unterlassungen ihrer Beamten verantwortlich ist [37]), im Wege Rechtens geltend gemacht werden können.

Die Gesetzgebung in Kurhessen kann wohl ohne Bedenken, ihrer Grundlage und ihrem Endzwecke nach, für im Wesentlichen übereinstimmend mit jenem königlichen Ausspruche, und folgerungsweise auch mit denjenigen Principien, welche ich oben als gemeinrechtlich zu deduciren gesucht habe, erklärt werden. Schon in dem Testament des Landgrafen Philipp d. Gr. [38]) findet man in unmittelbarer Verbindung mit der Ermahnung an seine Söhne, die Wildflur zu hegen, das bestimmte Gebot: „wo auch das Wildpret dem Armuth so großen Schaden thut, sollen sie dagegen Erstattung thun, oder ihnen etwas an Renten, Zehnten und Zinsen nachlassen;" die vielfältigen und mehrseitigen Verfügungen der späteren Verordnungen aber liefern als gemeinschaftliches Ergebniß die, hier vorläufig nur als Postulat aufgestellte Regel, daß nach unsrer vaterländischen Gesetzgebung die Hegung des Wildes in jedem Falle, wo dasselbe den Grundeigenthümern Schaden zufügt, auch wenn solche an und für sich den jagdwirthschaftlichen Grundsätzen gemäß wäre, als widerrechtlich anzusehen ist, und demnach die Verpflichtung des Jagdberechtigten zum Schadensersatze nach sich zieht. Ueberhaupt aber ist es sehr bemerkenswerth, wie die kurhessische Gesetzgebung stufenweise immer weiter bis zu jenem Resultate fortgeschritten ist, indem dadurch anfänglich nur Vorsichtsmaaßregeln zur Abwendung des Wildschadens, unter Verpflichtung der Unterthanen zur eignen Mitwirkung, verordnet,

---

36) worüber insonderheit auch zu vergleichen ist: v. Berg Handb. d. Polizeirechts. Th. III. S. 257. 377.

37) Man vergleiche B. II. dieser pract. Ausführungen. N. XII.

38) vom 6. April 1562, §. 58: Schmincke monimenta hassiaca. T. IV. p. 626.

sodann, nach vorgängiger landesgrundgesetzlicher Zusicherung der gänzlichen Abstellung des den Unterthanen schädlichen Wildfraßes, das Wegschießen des den Schaden verursachenden Wildes, jedoch anfänglich nur des Schwarzwildes, späterhin auch des Rothwildes, geboten, zuletzt die Voraussetzung eines Anspruches auf Schadensersatz bestimmt ausgesprochen worden; wie solches aus dem hier mitzutheilenden Inhalte der einzelnen gesetzlichen Verfügungen klar ersichtlich ist. Hierbei nun muß man vorerst davon ausgehen, daß das wesentliche Fundament der Verpflichtung zum Schadensersatze — das Verbot des Wildschießens durch Privaten und insonderheit Grundbesitzer, welche nicht mit der Jagdgerechtigkeit versehen sind, — auch nach unseren Gesetzen eintrete, indem dieses eigne Wegschießen des Wildes nicht nur im Allgemeinen den Unterthanen untersagt[39]), und ihnen auf das Höchste nur der Gebrauch kleiner Hunde zum Verscheuchen des Wildes erlaubt[40]) ja selbst dieser während eines großen Theils des Jahres nicht einmal den Wildwächtern gestattet[41]), sondern auch sogar das Blindschießen zur Verwahrung der Felder ꝛc. mit Strafe bedroht ist[42]). Von der anderen Seite aber hat man so wenig daran gedacht, den durch den Wildfraß an dem Getraide zugefügten Schaden als eine von den Unterthanen zu ertragende natürliche Folge der Jagdgerechtigkeit anzusehen, daß vielmehr schon in der angeführten Holzordnung von 1593 ausdrücklich erklärt wird, es sei des Landherrn Wille und Meinung gar nicht, „daß den Unterthanen der mit großer Mühe, Arbeit und saurem Schweiße ausgestellte Saamen, davon sie mit Weib und Kindern das Brod zu Unterhalt ihres Lebens haben, vom Wildpret verderbt und abgefressen werden solle", weshalb denn mancherlei Vorschriften zu Verhütung solchen Schadens ertheilt werden. Ganz in demselben Sinne sprechen sich auch mehrere nachfolgende Verordnungen[43]) aus, und besonders nachdrücklich geschieht solches in dem Edict vom 13. Juli 1665[44]), welchem zufolge dem durch den Wildfraß entstehenden allgemeinen Landschaden, Unheil und Verderben, mit

---

39) Edict vom 18. Octob. 1611 (L. O. I. 515.) Jagdordnung v. 26. Nov. 1722. §. 13. III, 896.)

40) Holzordnung. v. J. 1593 lit. N. (I, 469.)

41) Jagdordnung v. 1722. §. 12.

42) Forst-Strafregulativ. v. 1785 (VI, 1210.)

43) Holzordn. v. 1. Sept. 1629, §. 36; und vom 1. Decemb. 1659, lit. N. Forst- und Holzordn. v. 1. Decemb. 1682, lit. P. Jagdordn. von 1722, §. 8. (II, 43. 589. III; 233. 895.)

44) L. O. II, 621.

Ernst, Eifer, Bestand und Nachdruck gesteuert, und, neben Conservation der hohen Wildbahn, die treuen Unterthanen von dieser Plage errettet werden sollen. Unter den in dieser letzteren Verordnung vorgeschriebenen Schutzmitteln ist auch das, daß die Beamten mit Zuziehung der Förster, durch die Gemeinden (mittelst Jagddiensten) vor und an den hohen Gewälden und der Wildbahn her tiefe und hohe Wildgraben aufwerfen, Zäune darauf setzen, und lebendige Dörner und ander Buschwerk daran legen und pflanzen lassen, und also eine beständige Wildhecke aufziehen; so wie, daß die Gemeinden darauf sehen sollen, durch die mit Knüppelhunden versehenen Feldhüter das Wild nach dem Walde zu treiben In dem Falle aber, daß die Gemeinden und Unterthanen hierin ihre Schuldigkeit nicht thun, soll keine Klage mehr über Wildschaden und kein deßhalbiger Abzug oder Erlaß an den öffentlichen Abgaben statt finden. Die erste in juristisch-bündiger Form ertheilte allgemeine Zusicherung der gänzlichen Abstellung des den Unterthanen schädlichen Wildfraßes erfolgte sodann durch den Landtags-Abschied von 1731[45]), dahin nemlich: „daß in Zukunft aller Orten, wo das Wild den Unterthanen in ihren Wiesen und Feldern — — Schaden thut, beständigst mit dem Schießen fortgefahren, folglich diese heilsame gnädigste Declaration dergestalt in die Wirklichkeit gesetzt werden solle, daß des Wildfraßes halber die ferneren Beschwerden der Unterthanen gänzlich cessiren." Demzufolge ist denn auch in dem Forst- und Jagd-Reglement vom 22. Jan. 1765[46]) von der im Allgemeinen bestimmten Hegezeit des Schwarzwildprets ausdrücklich der Fall, sowohl in Ansehung der eigentlichen Wildbahnen als der Grenzforste, ausgenommen worden, wo dasselbe Schaden thut, und die Gemeinden sich darüber beschweren, und eben diese Verfügung ist durch das Forst- und Jagd-Reglement vom 16. März 1765[47]) auf das Rothwildpret ausgedehnt worden[48]). Auf weitere Beschwerden der Unterthanen wegen des Wildfraßes ward endlich nicht nur verordnet, daß diesen Beschwerden schlechter-

---

45) Art. 8. (IV, 68.). Auch noch bei dem letzten Landtage wirkten die Stände eine landesherrliche Zusicherung wegen Abwendung des Wildschadens aus: Landt. Verhandl. v. 1816. H. 4. S. 183.

46) §. 4. (VI, 174.)

47) §. 3. 4. (VI, 225.)

48) Auch im Würtembergischen stehet es landesgrundgesetzlich fest: daß das auf den Feldern, Wiesen und Weinbergen den Unterthanen zu Schaden gehende Wildpret zu allen Zeiten, wo Schaden geschehen könnte, weggepürscht werden soll. v. Berg a. a. O. S. 258.

dings abgeholfen, und deßwegen von der Kammer nachdrückliche Verfügungen erlassen werden sollten, sondern es erging nunmehr auch an sämmtliche Forstmeistereien eine ganz bestimmte Vorschrift, die noch jetzt als die hierin entscheidende Norm zu betrachten ist[49]). Nachdem nemlich gewisse Forste zur Wildbahn, in welcher nur auf besonderen landesherrlichen Befehl geschossen werden dürfe, bestimmt worden, wird gleichwohl als unbedingte Ausnahme hinzugefügt: „Thut aber das Roth- Schwarz- und Reh-Wildpret aus diesen hier vorstehenden, und allen übrigen Forsten im Lande, an Gärten, Feldern, Wiesen ꝛc. und sonst woran Schaden, so soll davon zu jeder Zeit, ohne einige weitere Anfrage und Befehl, das Nöthige zum Abschrecken geschossen, — — und auf die Weise aller Schaden abgewendet, mithin hierunter, bei Vermeidung gewisser Bestrafung, und allenfallsiger Schadens-Ersetzung, nicht das Mindeste verabsäumt werden."

Von der Voraussetzung einer übermäßigen Hegung des Wildes ist also in diesen gesetzlichen Vorschriften überall keine Rede, sondern nur von dem ganz einfachen Factum, daß das Wild den Besitzungen der Unterthanen Schaden zufüge; dieses Factum allein soll das Schießen des Wildes, selbst ohne Rücksicht auf die Hegezeit, bis zu dem Grade nach sich ziehen, daß aller Schaden abgewendet und jeder Beschwerde hierüber schlechterdings abgeholfen werde; die geringste Versäumung dieser Vorschrift soll Bestrafung der Forstbedienten, und nach Befinden Schadens-Ersatz, zur Folge haben. Schon die hierin liegende allgemeine Anerkennung, daß die Unterthanen sich den Wildfraß nicht, als zufällige Folge des Jagdrechts, gefallen zu lassen brauchen, würde, nach dem Obigen, die unbedingte Verbindlichkeit des Jagdherrn zum Ersatz des durch den Wildfraß zugefügten Schadens, an dessen eigner Abwendung durch Schießen des Wildes er sie verhindert, begründen; noch von einer andern Seite her aber gelangt man zu dem nemlichen Resultat; indem nemlich der Landesherr den sämmtlichen Forstbedienten das Schießen des Wildes zur gänzlichen Abwendung des Schadens von den Unterthanen zur amtlichen Pflicht macht, und sie deßhalb mit Bestrafung und Schadens-Ersatz bedrohet, eignet sich der Fall eines durch den Wildfraß dennoch zugefügten Schadens völlig zu dem Anspruche an den Staat wegen Verletzung der Privatrechte durch pflichtwidrige Handlungen seiner Beamten, um so mehr, als man den beschädigten Unterthanen nicht wohl eine unmittelbare Klage gegen

49) Reglement vom 17. Mai 1784. (VI, 1157.)

diese letzteren gestatten kann, und daher der von dem Landesherrn vorbehaltene Schadens-Ersatz nur als Mittel zur Deckung dessen, welchen der Staat den verletzten Unterthanen leisten muß, zu betrachten ist.

Bei dem Oberappellationsgerichte zu Cassel sind in der neueren Zeit zwei Fälle vorgekommen, in welchen die Verbindlichkeit des Jagdberechtigten zum Ersatze des Wildschadens — und zwar in beiden Fällen in Beziehung auf landesherrliche Jagdbezirke — den Gegenstand des Rechtsstreites ausmachte; sie gaben jedoch zu einer vollständigen Anwendung der oben vorgetragenen Grundsätze um deßwillen keine Veranlassung, weil in dem einen, wo der Beschädigte schon in seiner Klage von der Voraussetzung einer übermäßigen Hegung selbst ausgegangen war, und sich bei der hierauf gerichteten Beweisauflage beruhigt hatte, nur über die Berufung des Jagdberechtigten, welcher sich sogar durch diese Beweisauflage beschwert hielte, zu erkennen war, und in dem anderen, ein schon früher in Rechtskraft getretenen Vorbescheid, wodurch dem klagenden Grundeigenthümer der Beweis, daß der ihm von dem Wilde zugefügte Schaden durch übermäßige Hegung desselben entstanden sei, auferlegt worden war, als bindende Norm für das weitere Erkenntniß vorlag, daher in beiden Fällen in der höchsten Instanz nur über die Art der Führung, beziehungsweise über die Erfordernisse, eines solchen Beweises zu entscheiden war. Bei dieser Lage der Sache hielt man eine Erörterung der Frage: „ob schon aus dem Jagdrecht an sich die Verbindlichkeit des Berechtigten zum Ersatze eines jeden durch das Wild an den Früchten ꝛc. verursachten Schadens folge, oder ob vielmehr nur ein Verschulden des Jagdherrn, nemlich ein Mißbrauch jenes Rechts oder dessen unterbliebene regelmäßige Ausübung, die Entschädigungs-Verbindlichkeit begründe", obwohl dieselbe in dem letzten dieser Fälle speciell in Anregung gekommen war, ohne Einfluß auf die Entscheidung der an das Oberappellationsgericht gelangten Berufung, und vermied es um so mehr, sich darüber auszusprechen, weil insonderheit auch über die unbedingte Anwendbarkeit der obigen Grundsätze auf die zur Feld-Jagd gehörigen Thiere, wovon allein in diesem zweiten Falle die Rede war, mehrere Zweifel geäussert wurden. Ganz bestimmt aber ist in beiden Erkenntnissen der rechtliche Begriff des zum Beweis gestellten Uebermaaßes dahin festgestellt worden, daß dasselbe schon vorhanden sei, wenn das Wild in größerer Anzahl, als zur Erhaltung der Jagd erforderlich ist, gehegt werde[50]); woneben übrigens die, in dem ersten Erkenntnisse alter-

50) Die, als Bedingnng der practischen Ausführbarkeit einer Ver-

nativ mit erwähnte, Voraussetzung eines unmittalbaren Verschuldens, durch eine die Vorschriften der Jagd-Polizeigesetze überschreitende Hegung, als allgemeiner Grund der Verbindlichkeit zum Schadensersatze, sich ganz von selbst verstehet.

Nachdem schon dieser Aufsatz zum Drucke abgegeben worden war, sind mir mehrere, die obigen allgemeinen Grundsätze wesentlich unterstützenden, Belege, vorzüglich aus der Praxis der ehemaligen Reichsgerichte, bekannt geworden, welche zu bemerkenswerth sind, um nicht hier noch nachträglich mitgetheilt zu werden. Die reichsgerichtlichen Entscheidungen folgen zunächst in chronologischer Ordnung: 1) Schon im Jahre 1588 erkannte das Reichskammergericht gegen den Grafen von Brandenburg-Onolzbach: „daß das Gebot, dem Wilde die Felder offen zu lassen, damit sein Wild in des armen Mannes Schweiße und Blute ungehindert wühlen möge, sowohl den göttlichen und natürlichen Rechten, als dem kaiserlichen Rescript vom 16. Juni 1585 [51]), entgegen wäre“ [52]). 2) In einem Rechtsstreite zwischen dem Grafen von Limburg-Styrum und der Schwäbisch-Donauischen Reichsritterschaft erbot sich ersterer: „damit Gegentheile ihre Aecker nach Gefallen genießen, und das Gewild im Geringsten nichts schaden könnte, einen Zwerchzaun durchziehen und alle ihre Aecker vor dem Gewild ausschließen zu lassen;“ worauf derselbe durch Reichshofraths-Beschluß vom 13. Jan. 1681 angewiesen wurde: „daß er den Zwerchzaun durchziehen, und damit der ritterschaftlichen Unterthanen Aecker vor dem Gewild, damit sie dieselben ungehindert genießen können, verwahren solle“ [53]). 3) Als die Stadt Hall in Schwaben einen Wildzaun angelegt, denselben jedoch zu weit extendirt hatte, ward durch Reichshofraths-Beschluß vom 28. Jan. 1734 zwar dieses abgestellt, jedoch zugleich erkannt: daß derselben „eine dem Weidmanns-Gebrauch gemäße, jedoch zu Abhaltung des so häufigen Wildprets hinlängliche, Verwahr- und Verzäunung (in so weit selbige der impetratischen Jagd-Gerechtsame nicht abbrüchig) allerdings verstattet, und dadurch, oder sonsten durch andere thunliche und zuverlässige Mittel, der angegebene

---

minderung des Wildes bis auf die zur Erhaltung der Jagd nothwendige Anzahl sich darstellende, Ausmittelung des wirklich vorhandenen Wildstandes kann auch in Kurhessen keine Schwierigkeit haben, da nach der Verordn. v. 16. März 1765. §. 10. ff. (VI, 225.) jährliche Zählungen des Wildprets vorgenommen und einberichtet werden sollen.

51) welches ich mir nicht habe verschaffen können; vielleicht ist es eins der von Gylman [S. 92) erwähnten.

52) W. G. v. Moser Forstarchiv. B. XVI. S. 107.

53) Merkw. Reichshofraths Conclusa. Th. II. N. 498. S. 760.

große Schaden von derer Stadt-Hallischen Unterthanen ihren Feldern und Wiesen vor das Zukünftige abgewendet, mithin das ein- und andere zu beiderseitiger Zufriedenheit auf einen sichern und billigen Fuß gestellet werden solle" [54]). 4) In einem auf mehrere Beschwerden der Landstände und Unterthanen des Stiftes Basel gegen den Fürstbischof erfolgten Reichshofraths-Beschlusse vom 10. Jan. 1736 ward unter andern verordnet: „was das hier noch beigebrachte Gravamen wegen des dem Angeben nach allzusehr überhand nehmenden, und denen Unterthanen an ihren Aeckern und Wiesen sehr schädlichen, Wildprets anbetrifft, so setzten Ihro Kaiserl. Majestät zu dem Hrn. Bischoffen das sicherste gnädigste Vertrauen, es würde derselbe das allzuhäufige Wildpret, wenn es sich angegebener Maaßen befindet, jährlich wegschießen lassen, und alle besondere landesfürstliche Obsorge von selbsten dahin tragen, damit der arme Bauer und Landmann bei seiner ohnentbehrlichen Nahrung und bei häuslichen Ehren erhalten werden möge" [55]). 5) In mehreren Rechtsstreitigkeiten zwischen dem Fürstlich Hohenzollern-Hechingenschen Fiscal und verschiedenen Gemeinden ward durch Reichshofraths-Erkenntnisse vom 13. Febr. 1739 das Anerbieten des Fürsten, wenn die freie Pürsch aufgehoben würde, den Gemeinden nicht nur für den jährlichen Ertrag der freien Pürsch, sondern auch wegen des zukünftigen Wildschadens (wie dann hiernächstens das ein und andere von unpartheilichen Leuten taxirt werden solle), entweder ein gewisses proportionirliches Capital (wovon sie die jährliche Interesse pro rata erheben könnten) anzulegen, oder ihnen etwas Gewisses an herrschaftlichen jährlichen Gefällen auf beständig nachzulassen", bestätigt [56]). 6) Auf den Grund des oben [S. 275.] erwähnten Reichshofraths-Rescripts von 1717 erfolgte im Jahre 1739 die weitere Verfügung: „Ihre Kais. Majestät befehlen dem Hrn. Fürsten hierdurch nochmals alles Ernstes, mit Wegpürschung des allzu häufigen Gewilds noch fernerhin fortzufahren, und dessen Minderung also zu veranstalten, daß die von Speth, hierüber Klage zu führen, keine gegründete Ursache finden mögen" [57]). 7) Auf eine andere Beschwerde derer Speth von Zweifalten gegen den Fürsten zu Hohenzollern ward letzterem durch R. H. Beschluß vom 16. Mai 1740 aufgegeben: „überall die

---

54) J. J. Moser alte und neue Reichshofr. Conclusa. Frankf. 1743. Th. I. S. 288.

55) Ebendas. S. 33.

56) Ebendas. Th. II. S. 431.

57) J. J. Moser Zusätze zum neuen Staatsrechte. B. III. S. 1107.

die Veranstaltungen dahin zu machen, daß die Anzahl des Gewildes im Burladinger Forst also gemildert werde, daß die von Speth sammt ihren Unterthanen dadurch in ihrer Nahrung nicht gestört, und überall wegen häufigen Wildschadens zu klagen keine gegründete Ursache finden mögen"[58]). 8) Im Jahre 1768 erkannte das Reichskammergericht gegen den Fürsten von Hechingen: man versehe sich zu ihm, „daß derselbe, seinem eignen Erbieten gemäß, allen Wildschaden von deren Unterthanen Gütern abzuwenden, auch, wo dergleichen geschehen, und geziemend angezeigt würde, solchen durch unpartheiische, von dem Jagd- und Forstamte nicht dependirende, Commissarien jedesmal besichtigen, und den erfindlichen Schaden ersetzen zu lassen, von selbst geneigt sein werde, damit nicht nöthig sei, hierunter mit fernerer Verordnung fürzugehen"[59]). 9) Im Jahre 1771 erkannte der Reichshofrath gegen den Fürsten von Fürstenberg: er solle die Unterthanen an Haltung der Hunde zum Abtreiben des Wildes eben so wenig behindern, „als vielmehr, da der Schaden dadurch nicht abgewendet werden sollte, das übermäßige Gewild jährlich durch seine Jägerei nach Weidmanns Gebrauch abschießen und solchergestalt vermindern lassen, damit der Zweck dieser kaiserlichen Verordnung (die anzubauenden Feldfrüchte vor der übermäßigen Abäsung des Gewilds sicher zu stellen) erzielet werde"[60]). 10) In Sachen der Stadt Michelstadt gegen den Grafen zu Erbach-Erbach ward letzterem vermöge R. H. Beschlusses vom 6. Decemb. 1793 rescribirt: „es habe derselbe die aus dem eingesandten Augenscheins-Protokoll erscheinende Uebermaaße des Wildstands in dem Eulbacher Forst abzustellen, und solchemnach diesen Wildstand bis auf 50 Stück Setzthiere zu vermindern, auch in Zukunft nicht über jene Zahl anwachsen zu lassen, weniger nicht dem impetrantischen Theile die durch die bisherige Uebermaaße des Wildes in besagtem Eulbacher Forst sowohl in seiner Waldung, als auf den Feldern, erlittene Schäden, nach vorgängiger deren Liquidation und Ermäßigung, sammt den Commissions- und Prozeß-Kosten, zu erstatten, und, wie er dieses befolgt, und respective zu befolgen gedenke, in Zeit 2. mensium allerunterhänigst anzuzeigen; sodann habe es zwar bei der — — provisorischen Verordnung, daß denen Michelstädter Feldhütern erlaubt sein solle, beim nächtlichen Hüten mit Pistolen blind zu schießen, oder kleine Hunde,

---

58) Möser alte u. neue Reichshofr. Concl. Th. I. S. 459.

59) v. Moser Forstarchiv. B. XVI. S. 133. Cramer Nebenstunden. Th. 96. S. 23.

60) Moser Zusätze. B. III. S. 1105.

die nicht jagen, noch das Wild weit in den Wald hinein verfolgen, zu gebrauchen, Einwendens ungehindert auch für die Zukunft sein Bewenden; es werde jedoch die Michelstädter Bürgerschaft ernstgemessenst erinnert, sich hiermit zu begnügen, und ihre Feldhüter weder mit Flinten zum Blindschießen, noch mit großen oder Jagdhunden, zu versehen, besonders aber sich alles Todtschießens des Wildpretes und sonstiger unerlaubter Selbsthülfe zu enthalten" [61]). 11) Auf eine Klage der Gemeinde Merchingen gegen den Freiherrn von Berlichingen und deren Gesuch um ein **Mandatum de non amplius turbando in perceptione fructuum per ferarum atque aprorum sustentationem et damna causata restituendo**, ward durch ein Decret des Reichskammergerichts vom 26. Mai 1800 Bericht des Verklagten binnen 14 Tagen erfordert [62]). Wahrscheinlich wurde hierauf sofort der Beschwerde abgeholfen, indem sich bis zum Jahre 1805 kein weiteres Erkenntniß in dieser Sache findet, wenn es nicht etwa das sogleich mitzutheilende von 1801 ist, dessen nähere Bezeichnung in der dabei angegebenen Quelle fehlt; nemlich 12) ward von dem Reichskammergerichte im Jahre 1801 „**ein gebetenes mandatum de quantocius minuendo immodico nimisque nocivo ferarum numero in forestis sine clausula** erkannt" [63]) — Inwiefern diese reichsgerichtlichen Entscheidungen in Verbindung mit dem oben [S. 275.] bereits angeführten Reichshofraths-Beschlusse von 1717 der obigen Ausführung, theils im Allgemeinen, theils in der besonderen Anwendung auf die verschiedenen hier einschlagenden Verhältnisse, zur practischen Bestätigung dienen, ergiebt sich von selbst aus einer genauen Vergleichung derselben mit dem Inhalte jener Ausführung.

Vorzüglich bemerkenswerth sind sodann noch zwei diesen Gegenstand betreffende gesetzliche Vorschriften; eine ältere, die der diesen Aufsatz eröffnenden königlich preußischen Cabinetsordre zum würdigen Seitenstücke dient, nemlich eine Verordnung des Kaisers Joseph vom 28. Febr. 1786 [64]), welche im §. 15. verfügt: „Alle Wildschäden, sie mögen in landesfürstlichen oder Privat-Jagdbarkeiten, an Feldfrüchten, Weingärten oder Obstbäumen, geschehen, müssen den Unterthanen nach Maaß des erlittenen Schadens sogleich in Natura oder in Geld vergütet werden;"

---

61) v. Roth Beiträge zum deutschen Staatsrechte. B. II. S. 121.

62) Vollständ. Sammlung aller bei dem Reichskammergerichte ergangenen Urtheile und Decrete. Wetzl. 1800. Jahrg. I. N. 1045. S. 351.

63) Ebendas. Jahrg. II. Regist. S. 84.

64) v. Moser Forstarchiv. B. I. S. 185.

sodann eine ganz neue, nemlich die am 4. Mai 1830 erschienene, Verordnung des Königs von Sachsen, zufolge deren „in den zu den königlichen Jagdrevieren gehörigen Waldungen nur soviel Wildpret gehalten werden soll, als dem Umfange und der Beschaffenheit des Waldes angemessen ist, damit der aus einem übertriebenen Wildstande für den Holzwiederwuchs und den Feldbau entstehende Nachtheil abgewendet, und zu gegründeten Beschwerden über Wildschäden kein Anlaß gegeben werde;" wobei zugleich auf frühere Anordnungen „wegen Vertilgung des ausserhalb der einbefriedigten Wildgärten [oben S. 275.] befindlichen Schwarzwildprets", und Bestimmung, welcher Wildstand an Rothwildpret in jedem Forstbezirke ungefähr gehalten werden solle, verwiesen, zugleich aber auch in Ansehung der in Zeitpacht gegebenen königlichen Jagden den Pachtern ganz unbedingt die Verbindlichkeit auferlegt wird, „die durch den Wildstand des erpachteten Reviers veranlaßten Schäden zu vertreten" [65]).

XXVI.

Ueber die rechtliche Begründung der Verbindlichkeit zum Uferbau an schiffbaren Flüssen.*)

Durch eine etwas tiefer eindringende Prüfung des hier vorliegenden Gegenstandes, über welchen man eine genügende Belehrung in der älteren und neueren juristischen Literatur vergebens sucht, wird man bald zu der Ueberzeugung gelangen, daß derselbe, wenn gleich zunächst dem Privatrechte angehörig, doch gerade von seiner practisch erheblichsten Seite unter der sehr wesentlichen Einwirkung staatsrechtlicher Grundsätze stehe, so wie, daß auch in jener ersteren Rücksicht das römische Recht eine höchst unvollständige und nur beschränkt anwendbare Quelle seiner Beurtheilung darbiete. Den

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. III. Teutsches Privatrecht. S. 122 — 131.

65) Gesetzsamml. f. d. Königr. Sachsen von 1830. N. 11.

eigentlich entscheidenden Gesichtspunct, worauf es dabei ankommt, werde ich hier näher zu entwickeln und möglichst vollständig zu begründen suchen.

Daß die Verbindlichkeit zu Bauanlagen in und an öffentlichen Flüssen überhaupt sich, wenigstens doctrinell, auch bloß aus dem privatrechtlichen Gesichtspuncte betrachten lasse, zeigt das Beispiel eines unsrer ausgezeichnetsten Schriftsteller über teutsches Privatrecht — Mittermaier's [1]) — und daß einer der bedeutendsten Zweige des Uferbauwesens, die Deichverfassung, ein sowohl seiner factischen Veranlassung als seiner juristischen Ausbildung nach eigenthümlich teutsches Institut sei, zeigt jedes Handbuch des teutschen Privatrechts, indem daselbst das Deichrecht in allen seinen Beziehungen als besonderer Rechtstheil abgehandelt zu werden pflegt [2]). Allein die Grundsätze des Deichrechtes, dessen Anwendung sich auf das locale Vorhandensein von Deichen, d. h. starken Erdwällen oder Dämmen, die man an den Ufern großer Ströme zur Sicherung der hinter ihnen liegenden niederen Landbezirke gegen Ueberschwemmung künstlich angelegt hat, beschränkt, können nicht zur Entscheidungsnorm über die Rechtsverhältnisse in Ansehung des Wasser- und Ufer-Baues an schiffbaren Flüssen überhaupt dienen; und wenn Mittermaier die hiervon geltenden Grundsätze zwar völlig gesondert von jenen vorträgt [3]), und dabei zwischen dem Wasserbau, welcher alle Verrichtungen umfaßt, die in und an Flüssen zur Herstellung der Strombahn oder Erhaltung des Flusses in seiner gewöhnlichen Benutzung nothwendig werden, und dem Uferbau, d. h. den Anlagen, welche zur Sicherung der Ufer oder entfernter Grundstücke vor der Gewalt des Wassers an oder auf dem Ufer gemacht werden, unterscheidet, die Verbindlichkeit zu ersterem aber in der Regel dem Eigenthümer des Wassers auflegt, die zu letzterem hingegen als eine in der Regel den Eigenthümern der benachbarten Grundstücke obliegende Last darstellt, — so kann man doch nicht verkennen, daß hiermit eine hinreichend bestimmte und völlig erschöpfende Grundlage der rechtlichen Beurtheilung des hier vorliegenden Gegenstandes nicht gegeben sei. Als unzulänglich erscheint diese

---

1) Grundsz. d. teutsch. Privatrechts. §. 281.

2) Danz Handb. d. teutsch. Privatr. B. I. §. 113. Eichhorn Einl. ins teutsche Privatr. §. 269. Mittermaier a. a. O. §. 282 ff. a. Hagemann Landwirthschaftsrecht. §. 169 ff. Die von Mittermaier angeführten Deichordnungen sind noch zu vervollständigen aus Haubold sächs. Privatr. §. 232.

3) was von Eichhorn nicht geschehen ist.

Darstellung in der dreifachen Rücksicht, daß 1) eine genaue Sonderung der verschiedenen Zwecke des Wasser- und Ufer-Baues, worin doch allein der rechtliche Grund der Verbindlichkeit zu dem vorzunehmenden Bau für den Eigenthümer des Flusses oder den der anliegenden Grundstücke gesetzt wird, in der Anwendung gar nicht möglich ist, indem die Vernachlässigung des Wasserbaues ebensowohl eine Verletzung der anliegenden Grundstücke durch die Gewalt des Wassers, als eine Vernachlässigung des Uferbaues eine Störung des Flusses in seiner gewöhnlichen Strombahn, zur Folge haben, und diese Folge durch die sorgfältigste Beobachtung der Verbindlichkeiten des Uferbauers im ersteren, so wie des Wasserbauers im letzteren Falle, nicht abgewendet werden kann; sodann 2) daß bei jener Darstellung eine Eigenschaft der schiffbaren Flüsse unbeachtet geblieben ist, welche doch gewiß von sehr wesentlichem Einflusse auf die Verbindlichkeit zur Erhaltung derselben in ihrem gewöhnlichen, die Ausübung einer bequemen und gefahrlosen Schifffahrt bedingenden, Laufe mittelst des Wasser- und Ufer-Baues, ist, und welche selbst in der teutschen Reichsgesetzgebung eine ausdrückliche Anerkennung erhalten hat, nemlich die practische Aehnlichkeit solcher Flüsse mit Landstraßen[4]), und die hieraus wenigstens partiell folgende analoge Anwendbarkeit der von dem Straßenbau geltenden Rechtsgrundsätze[5]); daß endlich 3) die obigen Regeln durchaus nicht ausreichen zur Beurtheilung der Verbindlichkeit zur Wiederherstellung eines ungewöhnlich großen Ufer-bruches, wodurch oft mehrere Aecker Land auf einmal weggerissen, und nicht selten ganze Feldmarken der nahe liegenden Ortschaften mit Verheerung bedroht werden; ein Fall, in welchem so wenig ein bestimmter Rechtsgrund zur Belästigung des Fluß- oder Ufer-Eigenthümers zu einer solchen Wiederherstellung, zumal bei nicht erweislichem Verschulden des einen oder anderen, aufzufinden stehet, als auch nur die factische Möglichkeit des Aufbringens der dazu erforderlichen Kosten für die betheiligten Privateigenthümer anzunehmen ist, so daß ein wirksamer Erfolg nur davon, daß die Gesammtkräfte des Staates als solchen zu dem erforderlichen Beitrage in Anspruch genommen werden, erwartet werden kann.

---

4) Wenn Mittermaier auf die Schifffahrt nur insofern Rücksicht nimmt, als er die Last des auf dieselbe sich beziehenden Baues dem, welcher die Wasserzölle beziehet, auflegt, so würde hieraus folgen, daß auch die Landstraßen ausschließend von dem, welcher die Landzölle beziehet, gebaut werden müßten.

5) Reichsschluß vom 8. Oct. 1668, N. 4. (Leist Staatsr. §. 212. Not. 1.) Klüber öffentl. Recht d. teutsch. Bundes. §. 350. 571.

Schon nach diesen allgemeinen Andeutungen wird es als zweckmäßig erscheinen, daß bei der rechtlichen Beurtheilung des hier vorliegenden Gegenstandes der staatsrechtliche Gesichtspunct, vorzüglich auch mit Rücksicht auf seine practische Wichtigkeit, voran zu stellen, und dem privatrechtlichen nur eine untergeordnete Berücksichtigung zu verstatten sei. Dieß soll nun durch eine genauere Prüfung des einen und des anderen näher dargelegt werden.

Es sind hauptsächlich drei verschiedene Verbindlichkeitsgründe, aus welchen man privatrechtlich die Verpflichtung zum Uferbau herzuleiten pflegt: 1) das Eigenthum der Ufer oder der den Fluß begrenzenden Grundstücke[6]); dafür glaubt man einen gesetzlichen Beleg in der l. 2. C. de immunitate nemini concedenda zu finden, nach welcher bei der Wiederherstellung eines Agger publicus die Besitzer pro jugerum numero beitragen sollen. Allein der Zusammenhang dieser Stelle zeigt, daß hier vielmehr von einem Grundsatze des öffentlichen Rechts, von dem Beitrage zu einer mit der Entrichtung von Steuern zu vergleichenden öffentlichen Last, welche keine Befreiung einzelner zuläßt, die Rede sei. Privatrechtlich aber beurtheilt das römische Recht die Sache vielmehr nur von Seiten der Befugniß des Besitzers der an einen öffentlichen Fluß angrenzenden Grundstücke, indem es nemlich nur alsdann gestattet, in flumine publico ripave eius opus facere, ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa, wenn dadurch weder der Schifffahrt auf dem Flusse, noch den übrigen Anliegern des Flusses, Nachtheil zugefügt wird[7]), ja selbst in dem Falle, si grande damnum flumen ei dare solitum est praediaque eius depopulari, nur begünstigungsweise nachsieht, si forte aggeres vel quam aliam munitionem adhibuit eaque res cursum fluminis ad aliquid immutavit, ja selbst dann noch mit dem ausdrücklichen Vorbehalt: sine iniuria utique accolarum[8]). Dazu kommt, daß nach der Ansicht der Römer die eigentlichen Ufer, soweit nemlich das anliegende Grundstück eine abschüssige Lage nach dem Flusse hin hat (ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam), zugleich mit dem öffentlichen Flusse ebenfalls für öffentliche Sachen gehalten wurden[9]). Ueberdieß würde, wenn man die Größe der den Fluß unmittelbar begrenzenden Grundstücke zum Maaßstabe

---

6) Mevius decisiones. P. IV. dec. 138. Wernher observ. forens. T. II. P. 6. obs. 479.

7) l. 1. pr. §. 2. D. de ripa munienda. l. 1. §. 6. 7. D. ne quid in flum. publ.

8) l. 1. §. 7. D. ne quid in flum. publ.

9) l. 3. D. de fluminib.

der den Eigenthümern derselben obliegenden Verbindlichkeit zum Uferbau nehmen wollte, daraus die größte Rechtsungleichheit entstehen, möchte man nun das Verhältniß des Beitrags nach der Größe der einzelnen Grundstücke überhaupt oder nach der Länge ihrer Flußseite bestimmen, gleichwohl dürfte für einen beides zugleich berücksichtigenden Maaßstab aber eine feste juristische Grundlage, wie sie das Privatrecht erfordert, nicht aufzufinden sein. 2) Das Eigenthum des Flusses und dessen Benutzung; dieß würde, bloß privatrechtlich genommen, der einzig richtige und durchgreifende Verbindlichkeitsgrund sein, denn aus der Zuständigkeit des Eigenthums folgt, daß a) wer den Nutzen der Sache ziehet, auch die Lasten derselben tragen müsse, b) daß es dem Eigenthümer obliege, sein Eigenthum in den einmal bestehenden Grenzen zu erhalten, auch c) dafür zu sorgen, daß nicht Anderen dadurch Schaden an ihrem Eigenthume zugefügt werde. Da nun die schiffbaren Flüsse gemeinrechtlich zum Staatseigenthume gehören [10]), und die Benutzung derselben durch Fischerei, Alluvion, Inseln, Mühlen und Fähren, in der Regel dem Landesherrn zustehet, auch der Vortheil, welchen die Staatsbürger durch die Schifffahrt, den Mühlenbetrieb ꝛc. davon ziehen, den Kammercassen durch Zölle und Concessionsgebühren vergütet zu werden pflegt, so würde hiernach der Landesherr allein nicht nur für die Herstellung der an solchen Flüssen vorfallenden Uferbrüchen sorgen, sondern auch alle zu deren Abwendung nöthigen Vorkehrungen treffen, und die Kosten dazu aus seinen Kameraleinkünften bestreiten müssen. Da jedoch diese Kosten gar häufig mit dem Ertrage der Flußnutzungen in gar keinem Verhältnisse stehen, ohnehin auch das Eigenthum der schiffbaren Flüsse nicht sowohl zu den Domanialrechten des Landesherrn gehört, als vielmehr Theil des Staatseigenthums im engeren Sinne ist, so wird dadurch auch jenem Verbindlichkeitsgrunde die rein privatrechtliche Beziehung genommen, und derselbe vorzugsweise einer Beurtheilung nach Grundsätzen des Staatsrechts unterworfen. 3) Besorgniß künftigen Schadens, dessen Entstehung oder Vergrößerung durch den Uferbau abgewendet werden soll. Auch von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich jedoch privatrechtlich kein zureichender Grund denken, vermöge dessen dem Besitzer eines Grundstücks, welcher von dem Eigenthume seines Nachbars Schaden zu besorgen hat, die Verbindlichkeit obliegen sollte, die zur Abwendung eines solchen Schadens nöthigen Vorkehrungen zu treffen; will man auch nicht den Besitzer des Nachtheil drohenden Gegenstandes

---

10) Gönner teutsch. Staatsrecht. §. 449. Leist Lehrb. d. teutsch. Staatsr. §. 214.

selbst (also hier des Flusses) zu einer solchen Vorkehrung verpflichtet halten, so kann man doch auch für jenen nur eine Befugniß, aber gewiß nicht eine Verbindlichkeit, zur eignen Sicherstellung begründet halten; und so entschied ganz im privatrechtlichen Sinne das römische Gesetzbuch den analogen Streit zwischen dem nächsten Flußanlieger und dem entfernteren Eigenthümer dahin, daß ersterer von letzterem nicht genöthigt werden könne, die Uferdämme zu befestigen, ja sogar, zu leiden, daß es von diesem selbst auf seinem, des unmittelbaren Uferbesitzers, Grundstücke geschehe, nur mittelst einer Servitut verpflichtet sein könne[11]). Um in dergleichen Fällen eine Verbindlichkeit der Anlieger für begründet zu halten, muß man auf **Rationes salutis publicae**, wie auch Leyser annimmt, zurückgehen; treten diese aber wirklich ein, dann folgt aus ihnen nicht bloß, wie Leyser glaubt, eine Verbindlichkeit des Einzelnen — sei er Flußeigenthümer oder Uferbesitzer, — sondern des Staates im Ganzen, indem stets, wo der Einzelne, als solcher, blos **ex causa boni publici** einen Aufwand aus dem Seinigen machen oder dazu durch seine Dienstleistung beitragen soll, ihm Entschädigung vom Staate werden muß. Und eben dieses läßt sich auch gegen diejenigen Schriftsteller anwenden, welche die Verbindlichkeit zum Uferbau den Anliegern auflegen, und doch ausnahmsweise **in casu necessitatis et inopiae** auch die benachbarten Gemeinden zur Concurrenz ziehen wollen[12]): denn wo läge hierzu das rechtliche Fundament, wenn es nicht **ratio salutis publicae** wäre, welche gleichwohl nach dem eben Gesagten ein viel allgemeineres Resultat erzeugt. So tritt also auch hier wieder ein staatsrechtlicher Gesichtspunct als entscheidend hervor. — Wenn solchemnach alle jene besondern Verbindlichkeitsgründe zum Uferbaue, obgleich zunächst aus dem Privatrechte entlehnt, doch bei einer genauen Prüfung ihrer Anwendbarkeit, auf den staatsrechtlichen Gesichtspunct hinführen, so erscheint es um so zweckmäßiger, die ganze Sache vorzugsweise aus diesem zu beurtheilen. Hiernach aber wird es nicht schwer werden, als das den factischen und rechtlichen Verhältnissen der hier vorliegenden Aufgabe entsprechendste Princip die Regel zu begründen, daß die Beschränkung der im Staatseigenthume sich befindenden Flüsse auf ihre Grenzen und Betten, und die Erhaltung derselben in solchen, als eine allgemeine, das Wohl des ganzen Landes betreffende, Maaßregel anzu-

---

11) l. 1. §. 23. D. de aq. et aq. pluv. Leyser medit. ad Pand. sp. 502. med. 10. 11.

12) Puffendorf observ. iur. univ. T. III. obs. 135. §. 5.

sehen sei, und von allen Bewohnern gleichförmig dazu beigetragen werden müsse.

Wie sehr dieser Grundsatz sich von Seiten der Zweckmäßigkeit empfiehlt, leuchtet von selbst ein, da, wenn die Aufführung beträchtlicher Wasserbaue oder die Herstellung schon erfolgter Uferbrüche an größeren Flüssen, wovon hier die Rede ist, von den Privateigenthümern der Ufer, oder auch in Verbindung mit deren weiteren Nachbarn, ja selbst mit Zuziehung des ganzen der schadhaften Stelle angrenzenden Orts oder Amts, bewerkstelligt werden sollte, diese dadurch einer höchst drückenden, ja in vielen Fällen sie gänzlich erschöpfenden, ihre bürgerliche Existenz vernichtenden, Last, ohne alle eigne Schuld, blos als Bewohner eines Landesstrichs, welchen ein öffentlicher zum Staatsgebiete gehöriger Fluß durchströmt, unterworfen würden, während alle entfernter gelegenen Einwohner, Orte und Aemter, die doch das nemliche Staatsgebiet einnehmen, wovon jener Fluß sammt dem angrenzenden Landesstriche einen Theil ausmacht, gänzlich davon befreit bleiben.

Doch auch an der rechtlichen Begründung des angeführten Princips fehlt es nicht; denn 1) leidet es im Allgemeinen keinen Zweifel, daß dem Staate im Ganzen die Verpflichtung obliege, Gefahren, welche die Wohlfahrt und Erhaltung einer großen Anzahl seiner Bewohner, ja ganzer Ortschaften und größerer Bezirke, bedrohen, und deren Abwendung für die Bedrohten selbst eine Last seyn würde, der sie gänzlich unterliegen müßten, während eine gleichmäßige Vertheilung unter sämmtliche Staatsbürger dieselbe erträglich für den Einzelnen machen würde, solche Gefahren durch die vereinte Kraft Aller abzuwenden. 2) Gehört es insbesondere zu den wesentlichsten Bedingungen des Staatsvereins, daß jedem Einzelnen der ruhige Besitz und Genuß dessen, was er im Staate erwirbt, so weit es durch gemeine Maaßregeln geschehen kann, gesichert werde; insonderheit darf ein Jeder, welcher Grundstücke, also einen Theil des zum Aufenthalt und Gebrauch der Staatsbürger bestimmten Landesstrichs, erwirbt, hierbei die Voraussetzung unterstellen, daß ihm sein Eigenthum nicht durch Ereignisse geschmälert werde, welche die Staatsregierung voraussehen und durch zweckmäßige Vorkehrungen verhüten kann, zumal wenn hierzu die Kraft des Einzelnen nicht hinreicht. Auch der Anlieger eines Flusses kann daher erwarten, daß ihn der Staat gegen Einbrüche desselben in sein Land sicher stelle, zumal wenn dieser Fluß 3) einen Theil des Staatsgebiets ausmacht, und im Staatseigenthume sich befindet, woraus für den Staat, als Eigenthümer, die specielle Verbindlichkeit entsteht, nicht nur sein Eigenthum in den einmal bestehenden Grenzen zu erhalten, sondern auch dafür zu sorgen,

daß nicht Anderen dadurch Schaden an ihrem Eigenthum zugefügt werde.

Wenn es aber demzufolge lediglich Sache des Staats im Ganzen ist, alle zu Erreichung dieses mehrfachen Zwecks erforderlichen Wasserbauwerke anzulegen, zu unterhalten und wiederherzustellen, so folgt hieraus, daß der Beitrag dazu überhaupt als allgemeine Staatslast betrachtet werden müsse, daß aber unter dieser Voraussetzung 1) alle seitherigen Befreiungen nothwendig wegfallen, indem es „allezeit unrecht ist, nur einem allein, oder auch einer gewissen Anzahl oder Gattung von Unterthanen, eine Last aufzulegen, die allen insgesammt zukäme, oder auch in unverhältnißmäßiger Ungleichheit einem mehr, als dem andern, aufzubürden“ [13]); und auch dem ersten Zwecke des Staatsvereins widerspricht, daß Einzelne nur an den Vortheilen desselben Theil nehmen, die damit verbundenen Lasten aber ihren Mitbürgern ausschließend überlassen, oder, wie Gönner [14]) sich ausdrückt, „die Vortheile des Staatsvereins auf fremde Kosten genießen“. Eine weitere Folge ist, 2) daß die Leistung der zu solchem Wasserbau erforderlichen Dienste als allgemeine Unterthanenpflicht zu betrachten, mithin zur Landfolge mit zu rechnen sei, indem es in dem Begriffe der Landfolge liegt, daß darunter alle diejenigen Dienste begriffen sind, welche der Landeshoheit zum Besten des Staats von den Unterthanen geleistet werden müssen [15]). Auch steht der hieraus hervorgehenden Gleichstellung solcher Dienste mit denen, welche zum Straßenbau geleistet werden, selbst das Ansehn der vormaligen Reichsgesetze insofern zur Seite, als in dem oben [S. 124.] angeführten Reichsschlusse von 1668 von Wasserströmen, Dämmen und Gestaden in Ansehung der den Landesfürsten auferlegten Verbindlichkeit zu deren Erhaltung und Herstellung ganz das Nemliche, wie wegen der Landstraßen, verordnet ist [16]). Daher auch Biener [17]) den allgemeinen Grundsatz aufgestellt: **Flumina, maria, lacus, et alia undarum receptacula intra fines territorii eadem regula, qua viae publicae, aestimantur.**

Neben jenem allgemeinen Verbindlichkeitsgrunde der Concurrenz zum Wasserbau sind aber noch zwei, wenn gleich untergeord-

---

13) Danz a. a. O. B. I. §. 101. c). S. 399. Vergl. a. B. I. dies. Pract. Ausführ. S. 269.

14) a. a. O. §. 458. N. V.

15) Leist a. a. O. §. 332.

16) Leist a. a. O. §. 212. Not. 1.

17) de natura dominii in territoriis Germaniae. Lib. II. Cap. 2. §. 22.

nete, Rücksichten nicht ausser Acht zu lassen, nemlich 1) das Privateigenthum der Uferländereien, und 2) die Nutzungen des Flusses. Soviel das erstere betrifft, war es zwar, wie oben bereits gezeigt worden, eine ganz irrige Ansicht, wenn man ehedem aus diesem Privateigenthume eine Verpflichtung der Flußanlieger zur allseitigen Bestreitung aller und jeder Wasserbauwerke herzuleiten gedachte; dagegen ist es jedoch nicht zu verkennen, daß die gewöhnliche Uferbefestigung, welche durch die einem jeden Einzelnen zu Gebot stehenden geringeren Mittel bewirkt werden kann, dem Eigenthümer des anstoßenden Grundstücks, als Folge der natürlichen Lage desselben, obliege; denn so wie der Staat nur in so weit für die durch allgemeine Vorkehrungen abwendbaren Nachtheile dem Einzelnen zu haften braucht, als dieser selbst alle in seinen Kräften stehenden Vorsichts-Maaßregeln angewendet hat und dennoch ohne eignes Verschulden dergleichen Nachtheil leidet [18]), so kann er auch verlangen, daß insonderheit von den Privateigenthümern der den Fluß begrenzenden Ländereien diejenigen Mittel angewendet werden, wodurch sie ihr Eigenthum gegen die schon aus dem natürlichen Lauf des Flusses entspringenden Beschädigungen sichern, indem die Verbindlichkeit hierzu schon durch die örtliche Lage ihrer Besitzungen selbst begründet wird [19]). Und eben so versteht es sich von selbst, daß aller Wasserbau, welcher durch eine besondere den Einzelnen in einem Flusse gestattete, den gewöhnlichen Lauf desselben verändernde, Anlage, sowohl zur Unterhaltung der Anlage als auch zu Abwendung des durch sie veranlaßten Schadens, erforderlich wird, von ihnen, in Ermangelung darüber vorhandener Verträge, allein zu übernehmen sei. — In Ansehung der Fluß-Nutzungen aber folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß, wer den Vortheil einer Sache genießt, auch die Lasten derselben tragen müsse, in der Anwendung auf den Wasserbau in dem Flusse die rechtliche Nothwendigkeit, den Ertrag jener Nutzungen zu den Kosten des Wasserbaues zunächst zu verwenden.

Zur Unterstützung der hier unter dem staatsrechtlichen Gesichtspuncte ausgeführten Ansicht dient im Wesentlichen noch v. Bergs Darstellung des Rechts der Wasserpolizei [20]), wiewohl daraus theilweise verschiedene Resultate gezogen sind, und wenigstens analog anwendbar sind auch die Gründe, womit v. Ende [21])

---

18) Biener l. c. Lib. III. Cap. 2. §. 21. p 111.
19) Hagemann a. a. O. §. 180. Not. 2.
20) im Handb. d. teutsch. Polizeirechts. Th. III. S. 76 ff.
21) verm. juristische Abhandlungen. S. 55. ff.

und Hagemann [22]) den Grundsatz einer Verbindlichkeit der einzelnen Deichhalter zur Anlegung und Unterhaltung solcher Werke, welche zum Vortheile der ganzen Deichgesellschaft gereichen, bestreiten.

XXVII.

Von den wesentlichen Bedingungen eines Stundungsvertrages zum Zwecke einer Nöthigung der Minderzahl der Gläubiger, demselben beizutreten. *)

„Eines der Hauptmittel, wodurch ein Concurs abgewendet oder der bereits erkannte Concurs sistirt werden kann, ist bekanntlich der Stundungsvertrag (Anstandsvertrag, **Pactum induciarum**), und der wesentliche Character desselben, daß die Gläubiger zwar vollständig befriedigt werden, aber eine Zeitlang mit der Realisirung ihrer Ansprüche warten sollen. Wird eine solche Stundung durch den Schuldner bei den Gläubigern nachgesucht, so kann die Majorität derselben, welche die Stundung bewilligt, die dissentirende Minorität binden, und diese letztere zwingen, dem Schuldner die Befristung zuzugestehen; ein Satz, der zwar nach älterem römischen Rechte bestritten war, seit Justinian aber nicht mehr bezweifelt werden kann [1])". Die hier entscheidende Stelle des Codex ist l. 8. C. qui bon. ced. in den Worten: „**Cum solito more a nostra Majestate petitur, ut ad miserabile cessionis bonorum homines veniunt auxilium, et electio detur creditoribus, vel quinquennale spatium eis indulgere, vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione, et omni corporali cruciatu semoto: quotidie dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare inducias, alii au-**

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. IV. Römisches Privatrecht. S. 83 — 85.

22) a. a. O. §. 169 ff.

1) Spangenberg in Hagemann's pract. Erörterungen. B. IX. N. 20. Schweppe System des Concurses. §. 13.

tem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sint? In tali itaque dubitatione nemini putamus esse ambiguum, quod sentimus et quod humaniorem sententiam pro duriore eligimus, et sancimus, ut vel ex cumulo debiti, vel ex numero creditorum, causa iudicetur. Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis, et debitis eorum computatis, ipse alios antecellat; ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus, sive cessionem accipere desiderat. Si vero plures quidem sint creditores, ex diversis autem quantitatibus: etiam nunc amplior debiti cumulus minori summae praeferatur, sive par sive discrepans numerus est creditorum; cum non ex frequentissimo ordine foeneratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinetur. Pari autem quantitate debiti inventa, dispari vero creditorum numero: tunc amplior pars creditorum obtineat: ita ut, quod pluribus placeat, hoc statuatur. Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti, quam numeri creditorum, tunc eas anteponi, qui ad humaniorem declinant sententiam, non cessionem exigentes, sed inducias. Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores, quantum ad hanc electionem, observanda."

Im Allgemeinen tritt also hier ein ähnliches Verhältniß, wie bei dem Nachlaßvertrage, ein, von welchem im III. Bande N. I, ausführlicher gehandelt wurde; doch zeigen sich bei dem Stundungsvertrage gewisse Eigenthümlichkeiten, welche bei der hierüber unter den Rechtsgelehrten herrschenden Meinungs-Verschiedenheit noch einer näheren Erörterung bedürfen. Eine practisch ergiebige Grundlage dieser Erörterung bildet aber die sehr wesentliche Verschiedenheit des Stundungsvertrages von dem Nachlaßvertrage, daß ersterer in der Regel weniger nachtheilig für die dissentirende Minderzahl der Gläubiger, als der letztere, ist, wie dieß von fast sämmtlichen Schriftstellern, welche sich über diesen Punkt äussern, anerkannt wird. So sagt J. H. Böhmer [2]): „Valet hic a maiori ad minus argumentum, quoniam enim maior pars creditorum partem crediti debitori remittere potest in praeiudicium minoris partis creditorum, multo magis dilationem solutionis dare potest, cum ei, cui maius licet, eum etiam minus licere oporteat." Und in gleichem Sinne äussern sich Mevius [3]), Stryk [4]), Perez [5]) und Lennep [6]). Nur von Pufen-

2) de literis respirationis. cap. 2. §. 5; in exercit. T. III. ex. 46.
3) discussio levaminum inopiae debitor. Cap. III. §. 81.
4) diss. de abusu rescriptorum moratoriorum. Cap. II. §. 3.
5) praelect. ad Codicem. Lib. VII. tit. 71. §. 27.
6) diss. de pacto quod vocant praeiudiciali. Marb. 1745. §. 29.

dorf [7]) wird beiläufig der bei dem Stundungsvertrage eintretenden Möglichkeit eines Verlustes der ganzen Forderung oder eines Theiles derselben gedacht, was sich jedoch lediglich auf den nachher zu erörternden Sicherheitspunkt bezieht. Daß aber insonderheit aus dem gezwungenen Beitritt der hypothecarischen Gläubiger, welche bei dem Nachlaßvertrage hiervon befreit sind, nicht die Voraussetzung einer größeren Strenge des Stundungsvertrages folge, ergiebt sich schon daraus, daß der Natur der Sache nach das Verhältniß der hypothecarischen Gläubiger zu den chirographarischen gerade das umgekehrte bei dem Stundungsvertrage, wie bei dem Nachlaßvertrage, ist, indem durch diesen ein den hypothecarischen Gläubigern zu machender Abzug unmittelbar zum Vortheil der chirographarischen gereichen würde, bei jenem aber die mit einer Hypothek gesicherten Gläubiger bei dem zu bewilligenden Zahlungs-Aufschub weit weniger gefährdet sind, wie die bloß chirographarischen; worauf daher auch jene gesetzliche Bestimmung ausdrücklich von Carpzov [8]) und Mevius [9]) zurückgeführt wird.

Diese allgemeine Ansicht vorausgeschickt, gehe ich nun zur Prüfung der einzelnen Erfordernisse über, in Ansehung deren über die Frage, inwiefern dadurch der gerichtliche Ausspruch des Zwanges gegen die dissentirenden Gläubiger für bedingt zu halten sei, keine gleichförmige Ansicht herrscht.

1) Die Darlegung, daß der die Stundung Beantragende unverschuldet in Vermögens-Rückstand gerathen sei. Dieses Erforderniß wird für nothwendig erklärt von Kleinhans [10] und Mackeldey [11]); und ich würde denselben beistimmen, wenn der Stundungsvertrag noch heutzutage in dem wesentlichen Zusammenhange mit der Cessio bonorum, nach der eigenthümlichen Bedeutung, welche dieses Institut bei den Römern hatte, stände, in welchen es die l. 8. C. qui bon. ced. allerdings setzt. Nachdem aber unser heutiger Concurs mehr die Eigenschaft eines amtlichen Verfahrens der Gerichte im öffentlichen Interesse, als die eines privatrechtlichen Beneficium iuris für den Schuldner, angenommen hat,

---

7) in observ. iur. univ. T. II. obs. 164. §. 2.

8) iurispr. forensis. P. II. const. 2. def. 29.

9) l. c. Cap. III. §. 187.

10) diss. de moratorio et speciatim pacto dilatorio. Marb. 1759. §. 41.

11) Lehrbuch des römischen Rechts. §. 765. Auch Happel in der Anleitung zum Verfahren, Concursprozesse abzuwenden, §. 62, will, daß die Gläubiger darüber, ob sie wider das Vorgeben des Schuldners, daß er durch Unglücksfälle ins Verderben gerathen sei, gegründete Einwendungen haben, gehört werden.

kann auch der Stundungsvertrag nur im Allgemeinen als ein Mittel, den Concours abzuwenden, betrachtet werden[12]), daher derselbe auch, unter diesem Gesichtspunkte, völlig analog mit dem Nachlaßvertrage, und einer Beurtheilung nach gleichen Grundsätzen, wie dieser, unterworfen ist[13]), mit welchem jener auch nicht nur den legislativen Ursprung theilt[14]), sondern auch heutzutage auf völlig gleichen Beweggründen nemlich des mit dem der Gläubiger und des Schuldners vereinten öffentlichen Interesse's, beruhet[15]). Da nun zur Statthaftigkeit des erzwungenen Nachlaßvertrages, zufolge der diesen betreffenden Ausführung im III. Bande dieses Werkes, S. 10 ff., der Mangel des eignen Verschuldens nicht erfordert wird, so erscheint es hiernach als durchaus consequent, auch bei dem Stundungsvertrage jenes Erforderniß nicht für nothwendig zu halten.

2) Die Darlegung, daß ohne den Stundungsvertrag, die Erkennung des Concurses unvermeidlich, dessen Abwendung aber durch diesen Vertrag zu bewirken sei. Dieses Erforderniß ist für nothwendig zu halten, wenn es gleich dazu nicht des ausdrücklichen Anerbietens der Vermögens-Abtretung des Schuldners, als formeller Bedingung seines Antrages auf Stundungs-Bewilligung, bedarf. Letzteres ergiebt sich aus der wesentlichen Veränderung, welche das vorliegende Institut in Folge seiner geschichtlichen Ausbildung erfahren hat. Nach dem klaren Buchstaben der, die einzige unmittelbar gesetzliche Quelle des Instituts bildenden, l. 8. C. de bon. ced. wurde die Bewilligung der Cessio bonorum oder der Induciae quinquennales, nach der Wahl der Mehrheit der Gläubiger, von dem Regenten erlangt (cum solito more a nostra maiestate petitur); diesem mußten also die Bedingungen der Ertheilung jener Rechtswohlthat in dem einen oder andern Sinne vorgelegt, es mußte namentlich mit dem Anerbieten der Cessio bonorum vorangegangen werden. Doch wird schon von der Glosse zu dem Worte „maiestate“ bemerkt: vel ab aliquo iudice; und wenn gleich noch von einigen neueren Schriftstellern die Lehre von dem Pactum dilatorium so dargestellt wird, als ob es zu der dadurch zu begründenden Zwangsverbindlichkeit der

---

12) G. Caesar diss. de induciis pactoque rnmissorio. Goett. 1816. p. 9. Schweppe a. a. O. §. 12. Mackeldey a. a. O. Kori System des Concursprozesses. §. 85. Spangenberg a. a. O.

13) Dabelow ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger. Cap. 6. S. 159. v. Wening Lehrb. d. Civilrechts. B. II. §. 258. Kori a. a. O. §. 85. 14) Dabelow a. a. O.

15) Kleinhans l. c. §. 59. 60. 64. Grolmann Theorie d. gerichtl. Verfahrens. §. 249.

Autorität des Regenten bedürfe[16]), so ist doch ein ganz entschiedener Gerichtsgebrauch dafür, daß ein solcher Zwangsvertrag in der oben bereits erwähnten Eigenschaft eines Mittels, den Concurs abzuwenden, zu seiner vollen Wirksamkeit nur die Thätigkeit des Richters erfordere. Hiernach aber ist das, der Erlangung einer von dem Regenten zu bewilligenden Rechtswohlthat eigenthümliche, Anerbieten zur Vermögens-Abtretung heutzutage nicht mehr für eine wesentliche, die gerichtliche Bekräftigung des Stundungsvertrages formell bedingende, Voraussetzung zu halten, wenn gleich in materieller Hinsicht der Richter allerdings darauf bestehen muß, daß es nicht an dem Vorhandensein der objectiven Bedingungen der **Cessio bonorum**, oder heutzutage der Concurs-Erkennung, fehle. Insoweit ist es vollkommen richtig, wenn Mackeldey[17]) als Voraussetzung einer solchen gezwungenen Stundung den Beweis der Insolvenz des Schuldners um deßwillen erfordert, weil „so lange noch jeder Gläubiger durch Veräußerung des Vermögens des Schuldners vollständig befriedigt werden kann, kein Gläubiger gezwungen werden könne, die Stundung zu bewilligen." Man würde also, wenn man jenes Erforderniß aufgeben wollte, hiermit zugleich die in dem Gesetze, wie in der Praxis, begründete wesentliche Grundlage hinwegnehmen, wodurch allein die Dispositions-Befugniß einer gewissen Anzahl von Gläubigern über die wohlerworbenen Rechte ihrer Mitgläubiger gerechtfertigt werden kann. — Die specielle Richtung dieser Nachweisung aber giebt Kleinhans[18]), unter der Voraussetzung der Zahlungs-Unfähigkeit des Schuldners, dahin an: **ut fideliter status activus et passivus formetur, media monstret debitor, quibus elapso temporis concessi spatio creditoribus integralem praestare queat satisfactionem, adeoque spes adsit, si moratorium concedatur, ad meliorem perveniendi fortunam**; zu welcher Nachweisung bei Kaufleuten insonderheit die Vorlegung der Handelsbücher gehört[19]). Unter den neueren Schriftstellern findet man die genaueste, im Wesentlichen hiermit übereinstimmende, Angabe bei Spangenberg[20]): „Bei dem Zwangsrechte, welches solchergestalt die Majorität der bewilligenden Gläubiger gegen die Minorität ausübt, wird immer vorausgesetzt, daß der Schuldner nachzuweisen im Stande ist, wie sein Vermögen zur Befriedigung seiner sämmtlichen Gläubiger hinreiche, er zwar in diesem Augenblick zahlungsunfähig

---

16) Kleinhans l. c. §. 38. Muehldnbruch doctr. pandectar. Vol. I. §. 204. 17) a. a. O. 18) l. c. §. 71.

19) Lynker decisiones. Cent. XII. dec. 1174.

10) a. a. S. 113.

sei, aber durch die Befristung gerettet und in den Stand gesetzt werden könne, durch eine gute Administration seines Vermögens, nach Ablauf der gewährten Zahlungsfrist, allen seinen Gläubigern gerecht zu werden" [21]).

3) Die Darlegung, daß der Schuldner auch im Stande sei, die Gläubiger gehörig sicher zu stellen. Daß diese jedoch kein durchaus nothwendiges Erforderniß des erzwungenen Stundungsvertrages sei, läßt sich durch überwiegende Gründe nachweisen, obwohl die meisten Schriftsteller über dieses Institut, welche jenes Streitpunktes gedenken, der gegentheiligen Meinung zugethan sind [22]). Diese ihre Meinung wird zwar unterstützt durch die klare Bestimmung der l. 4. C. de prec. imp. offer.: „Universa rescripta, quae in debitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi fideiussio idonea super debiti solutione praebeatur." Es kann indessen dieser nur von eigentlichen Moratorien redenden Gesetzstelle eine analoge Anwendung auf den Stundungsvertrag um deßwillen nicht zugestanden werden, weil dieser auf einer ganz anderen Grundlage beruhet, wie das vom Landesherrn zu ertheilende Moratorium, nemlich auf dem Willen der Mehrzahl der Gläubiger, worauf ausdrücklich die l. 8. C. quibon. ced. ein entscheidendes Gewicht legt. Die hieraus gezogene Folgerung läßt sich aber auch von der geschichtlichen Seite rechtfertigen. Die Ertheilung von Moratorien, welche doch immer eine Beeinträchtigung der Privat-Rechtsverhältnisse der Gläubiger enthielt, war nach römischem Rechte an keinerlei, den freien Willen des Regenten beschränkende, Voraussetzungen gebunden, indem erst durch die Reichspolizeiordnungen von 1548 und 1577 gewisse bei Ertheilung der Moratorien zu beobachtende Erfordernisse festgesetzt wurden; demnach war es jenem älteren Rechtszustande vollkommen angemessen, und nichts mehr, als die Berücksichtigung eines gerechten Anspruches der Gläubiger, ohne oder gegen deren Willen das Moratorium ertheilt wurde, wenn der Schuldner ihnen dabei wegen der vertragswidrig verspäteten Zahlung Sicherheit leisten mußte, sofern nicht die Gläubiger selbst darauf verzichteten [23]). Bei dem durch die Einwilligung der Mehrzahl der Gläubiger zu Stande

---

21) Vergl. a. Schweppe a. a. O. §. 13. S. 24. Puchta über d. Concursprozeß §. 109.

22) Mevius l. c. cap. VI. §. 137 sq. Kleinhans l. c. §. 71. Pufendore l. c. §. 2. v. Bülow u. Hagemann practische Erörterungen. Th. II. N. 63. Spangenberg a. a. O. S. 113.

23) Dabelow a. a. O. S. 156.

kommenden Stundungsvertrage hingegen, welchem vorzugsweise eine genaue Erwägung des objectiven Schulden- und Vermögenszustandes des Schuldners als Bestimmungsgrund für jene Einwilligung vorausgehet, daher von mehreren Rechsgelehrten in jenem Vertrage, in Vergleichung mit dem Nachlaßvertrage, mehr eine Berücksichtigung des Schuldverhältnisses, als der Person des Schuldners, gefunden wird[24]); bei dem Stundungsvertrage also muß man voraussetzen, daß gerade der Sicherheitspunkt einen der hauptsächlichsten Gegenstände der sorgfältigen Prüfung der die Nachsicht bewilligenden Gläubiger im Interesse der Gesammtheit, wie der Einzelnen, ausgemacht habe, und es hiernach von denselben nicht für nöthig erachtet worden sei, noch eine besondere Sicherheitsleistung von dem Schuldner zu begehren, wovon ausserdem ihre Bewilligung abhängig zu machen, ja lediglich von dem eigenen Ermessen der Mehrzahl der Gläubiger abhing[25]). Indessen eignet sich dieser Punkt vorzugsweise zu einer Beurtheilung nach den besonderen Verhältnissen jedes einzelnen Falles, und demnach zwar nicht zur alsbaldigen Zurückweisung eines Antrages auf Stundung, worin derselbe übergangen ist, wohl aber zur vorgängigen Vernehmung der betheiligten Gläubiger auch in dieser besonderen Beziehung, bei deren Resultat es dann gar sehr auf das Princip der Zählung der Mehrheit ankommt, indem namentlich die hypothecarischen Gläubiger bei jenem Erfordernisse in der Regel gar nicht, um so mehr aber die chirographarischen, interessirt sind, und es daher als höchst unbillig erscheinen würde, mittelst einfacher Stimmenzählung durch die Mehrheit von Seiten jener gegen das Erforderniß der Sicherheitsleistung entscheiden zu lassen, während die Mehrheit der chirographarischen ihre Beistimmung zu dem Stundungsvertrage lediglich von dessen Beobachtung abhängig macht.

Ueberhaupt ließe sich zufolge der oben entwickelten allgemeinen Ansicht von der Eigenthümlichkeit des Stundungsvertrages und seiner wesentlichen Verschiedenheit von dem Nachlaßvertrage wohl der Grundsatz rechtfertigen, daß so wie bei letzterem die chirographarischen Gläubiger nicht den hypothecarischen, bei ersterem umgekehrt die hypothecarischen nicht den chirographarischen Gläubigern, durch bloße Stimmenmehrheit präjudiciren können.

---

24) Mevius decisiones. P. III. dec. 261. not. 1. Carpzov l. c. n. 8.

25) Diese Rücksicht erwähnt auch Happel a. a. O. §. 67, ohne jedoch dadurch den Richter von der Pflicht, für die Sicherheit der nicht ausdrücklich einwilligenden Gläubiger ex officio zu sorgen, entbunden zu halten.

XXVIII.

Von den eigenthümlichen Merkmalen einer Theilung der Eltern unter ihren Kindern. *)

Es giebt gar mancherlei Formen, in welche die Eltern eine Vermögens-Theilung unter ihren Kindern mit gleichmäßiger rechtlichen Gültigkeit einkleiden können; es kann dieß geschehen mit unwiederruflicher Wirkung in der Form eines Vertrages, es kann aber auch geschehen und geschiehet mehrentheils in der Form einer letztwilligen, also wiederruflichen, Verfügung. Dahin gehört zunächst die Errichtung eines Testaments (oder Codicills), und zwar entweder eines förmlichen, wobei alle gesetzlichen Erfordernisse der Testaments-Errichtung überhaupt beobachtet worden sind; oder eines s. g. privilegirten, welches an nur wenige, bestimmt vorgeschriebene, Förmlichkeiten gebunden ist, — des Testaments der Eltern unter Kindern im engeren Sinne.

Von allen diesen Formen abweichend ist das besondere Rechtsgeschäft, welches die römische Gesetzgebung unter der eigenthümlichen Benennung der Theilung der Eltern unter ihren Kindern, diesen Ausdruck in seiner technischen Bedeutung genommen, darbietet. Das Charakteristische dieses Rechtsgeschäfts aber beruhet in den beiden Haupt-Merkmalen, daß dasselbe eine letztwillige Verfügung sei, und daß es durch das Eintreten der Intestat-Erbfolge bedingt werde. Nach diesen beiden Richtungen hin unterscheidet sich dasselbe wesentlich auf der einen Seite von einem Vertrage der Eltern mit den Kindern über die Vertheilung ihres Vermögens, auf der anderen von einer testamentarischen Verfügung, wodurch eine solche Vertheilung angeordnet wird. Beide Verschiedenheeten, die letztere mit besonderer Rücksicht auf das privilegirte Testament der Eltern unter Kindern, welchem jene Theiluug in mehrfacher Hinsicht am meisten ähnelt, sollten hier noch genauer erörtert werden.

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. v. D. B. W. Pfeiffer. Bd. IV. Römisches Privatrecht. S. 102 — 111.

Im Allgemeinen läßt sich die juristische Eigenthümlichkeit der Divisio parentum inter liberos am deutlichsten ersehen aus der l. 21. C. famil. ercisc. „Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis iudicio suo, qualicunque indicio suam declaraverit voluntatem, inter eos, qui ei successerunt, — — familiae dividendae causa datus arbiter, pro virili praeterea portione eorum, quae nulli generaliter vel specialiter adsignavit, facta divisione, in adiudicando patris sequetur voluntatem.“ Diese gesetzliche Bestimmung bildet die wesentlichste Grundlage der Verschiedenheit einer Theilung der Eltern unter den Kindern im engeren Sinne von den eine solche Theilung enthaltenden testamentarischen oder vertragsmäßigen Dispositionen.]

I. Von dem Testamente der Eltern unter den Kindern unterscheidet sich jenes Rechtsgeschäft wesentlich darin, daß durch ersteres über das Erbrecht der Kinder selbst disponirt, mithin als Norm der unter ihnen vorzunehmenden Vertheilung des elterlichen Vermögens im Allgemeinen das Princip der testamentarischen Erbfolge festgesetzt wird, wohingegen die Divisio parentum inter liberos im engeren Sinne lediglich eine Verfügung über die Erbschafts-Gegenstände enthält, und also in Ansehung des Successionsrechts den Grundsätzen der Intestat-Erbfolge Raum giebt[1]). Eben hieraus folgt sodann weiter, daß wenn es gleich der elterlichen Theilung nicht geradezu entgegen ist, daß die Antheile der Kinder ungleich bestimmt werden, falls nur deren Pflichttheil nicht verletzt wird, dadurch jedoch nicht festgesetzt werden kann, daß, gegen die Regel bei der Intestaterbfolge des Descendenten[2]), das eine Kind eine stärkere Erbschafts-Quote als das andere haben solle, da durch eine solche Ungleichheit die Intestaterbfolge, welche bei der Divisio parentum inter liberos wesentlich unterstellt wird, geradezu aufgehoben würde, indem deren Character sich nicht auf die succedirenden Personen beschränkt, sondern auch auf die einem jeden Miterben zufallende Erbschaftsquote erstreckt; so daß demnach eine Ungleichheit bei der Theilung der Eltern unter den Kindern

---

1) F. J. Kortholt diss. de divisione parentum int. lib. corresp. Giess. 1774. §. 2. J. H. A. Frankenfeld diss. de discrimine nudae divisionis et testamenti parent. int. liberos. Goett. 1792. §. 9. et 15. — Sehr richtig bezeichnet diese wesentliche Eigenthümlichkeit des vorliegenden Institutes H. Schroeder in diss. de privilegiatis parentum int. liberos dispositionibus. Jen. 1819. § 23. dahin: „Hic non ordo succedendi mutatur, sed modus divisionis hereditatis tantum accuratius definitur.“

2) l. 11. C. fam. ercisc.

nur in der Weise statt findet, wie sie auch bei dem Judicium familiae herciscundae vorfallen kann, insoweit dieselbe nemlich durch eine unrichtige Schätzung des Werths der zu vertheilenden Gegenstände veranlaßt wird; jede sonstige Ungleichheit würde zu ihrer rechtlichen Wirksamkeit der Form einer selbstständigen Willens-Verordnung bedürfen. — Die nach diesen verschiedenen Richtungen hin sich äußernde Eigenthümlichkeit der elterlichen Theilung, dem Testamente der Eltern unter den Kindern gegenüber, ergiebt sich nun

a) rücksichtlich ihrer gesetzlichen Begründung 1) aus den die Divisio parentum inter liberos speciell betreffenden Coderstellen[3]). In diesen nemlich wird die Bestimmung des Vaters geradezu als vorsorgliche Uebernahme der bei dem Judicium familiae herciscundae — welches durch die Unzweifelhaftigkeit des Erbrechts stets bedingt wird — eintretenden Function des Richters bezeichnet, und hierbei die Voraussetzung der Intestat-Erbfolge ausdrücklich unterstellt, mit der nähern Bestimmung, daß in Ansehung der nicht speciell angewiesenen Gegenstände eine Theilung pro virili portione eintrete, wogegen in Folge einer testamentarischen Disposition das hierdurch nicht Vertheilte den einzelnen Erben nach dem Verhältnisse der ihnen angewiesenen Theile zuwächst[4]); 2) aus denjenigen Verfügungen der Novellen, welche die, beiden Rechtsgeschäften neu vorgeschriebene, Form betreffen[5]). In deren ersterer findet man ausschließlich solche, Ausdrücke, welche nur eine Theilung der Vermögens-Gegenstände bezeichnen — res suas distribuere — substantiam dividere — descriptionem facere rerum, quas partiri voluerit — gebraucht, und in der letzteren nicht nur eben dieses Merkmal der Divisio im engeren Sinne in dem cap. 3. durch die Worte: si quis dividat proprias res bestimmt angegeben, sondern auch eben hierdurch in Verbindung mit dem cap. 1., den Gegensatz dieser Divisio und des Testamentum parentum inter liberos, als durch welches letztere die unciae, in quibus scripsit eos heredes, bestimmt werden, deutlich hervorgehoben; wie dieß noch anschaulicher aus der weiteren Verfügung des cap. 1. cit., welche den Fall betrifft, wo auch in testamentarischen Dispositionen eine Anweisung der Kinder auf gewisse Vermögens-Gegenstände — rerum divisio — aufgenommen werden soll, zu ersehen ist. Und hieraus wird denn auch

b) in doctrineller Hinsicht die obige Darstellung sowohl

---

3) l. 21. u. 26. C. fam. ercisc.

4) l. 18. §. 3. D. de hered. instit.

5) Nov. 18. cap. 7. Nov. 107. cap. 1. 3.

von älteren als neueren Schriftstellern entwickelt. Dem bei der elterlichen Theilung beabsichtigten Zwecke des Disponenten: ut praeveniat iudicium familiae herciscundae [6]) gemäß muß, wenn es dennoch zu diesem Judicium kommt, dadurch ein jedes Kind gerade Dasjenige erhalten, was ihm durch die väterliche Theilung bestimmt ist [7]), und dieß zwar mittelst Aushändigung oder Anweisung der einzelnen Gegenstände, je nachdem die Theilung eine reelle ist oder blos in der Disposition bestehet [8]). Diese einzelnen Gegenstände empfangen die Theilhaber, ohne daß dadurch an ihrem Erbrechte etwas geändert wird [9]), gleichsam als Prälegate [10]); so wenig aber ein Legat oder Prälegat eine Erbschafts-Quote zum Gegenstande haben kann [11]), so wenig kann die elterliche Theilung sich nach Quoten der Erbschaft, und am wenigsten nach ungleichen Quoten derselben, richten, obwohl eine objectiv ungleiche Vertheilung der Erbschafts-Gegenstände, nur ohne Beeinträchtigung des Pflichttheils, nicht unstatthaft ist [12]); die Vertheilung des Vermögens nach Uncien oder Quoten ist eine Eigenthümlichkeit der testamentarischen Verfügung, der einfachen Divisio inter liberos aber nur die Anweisung der einzelnen Gegenstände entsprechend [13]), wie es die Regeln der Intestaterbfolge mit sich bringen, auf welche die elterliche Theilung sich lediglich bezie-

---

6) Guenther princ. iur. rom. T. II. §. 780.

7) Carpzov iurisprudentia forensis. P. III. const. 4. def. 22.

8) J. H. Boehmer introd. in ius digest. Lib. XXIX. tit. 1. §. 20. Thibaut System des Pandektenrechts. Th. II. §. 709.

9) Pufendorf observ. iur. univ. T. III. obs. 204. §. 1.

10) Frankenfeld l. c. §. 11. Thibaut a. a. O. Ein wirkliches Prälegat, d. h. eine bestimmt auf ein solches gerichtete Disposition, würde jedoch nur, wenn sie mit den Formen eines letzten Willens bekleidet wäre, statt finden können: J. Ph. Carrach diss. de dispos. parent. int. liberos. nuncup. Hal. 1754. §. 13.

11) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Civilrechts. B. III. §. 426. S. 159.

12) Th. Schantz diss. de patre dividente inter liberos. Marb. 1764. §. 20 u. 62. M. J. Euler diss. de testamento et divisione parentum int. liberos. Berol. 1820. §. 83 sq.

13) Ph. F. Scheffer diss. de dispositione paterna extratestamentaria. Giess. 1704. §. 2. Ch. Wildvogel diss. de divisione parentum inter liberos. Jen. 1710. §. 6. J. C. Koenig diss. de parentibus inter liberos disponentibus. Marb. 1747. Cap. II. §. 8. Cap. V. §. 10. Gebr. Overbeck Meditationen. B. III. N. 155. §. 3. Muehlenbruch doctrina pandectarum. Vol. III. §. 503. Thibaut a. a. O. §. 709. Mackeldey Lehrbuch des römischen Rechts. Th. II. §. 452. Not. b.

het, und deren allgemeine Zulassung unter den Kindern dieselbe wesentlich voraussetzt[14]).

II. Zum Zwecke der Unterscheidung jener Theilung der Eltern unter Kindern von einer durch eigentlichen Vertrag bewirkten, so wie einer festen Bestimmung des rechtlichen Verhältnisses beider zu einander, ist

a) die allgemeine Bemerkung vorauszuschicken, daß, da die Theilung der Eltern unter Kindern an und für sich ein dem römischen Rechte wohl bekanntes, und durch dasselbe in Ansehung der zu seinem Rechtsbestande erforderlichen Form genau bestimmtes, Geschäft ist, dieselbe auch in der Regel, und so lange, als nur von Merkmalen, die auch schon in dem römischen Rechte vorkommen, die Rede ist, lediglich nach den Grundsätzen dieses, der Vermuthung nach stets zunächst anwendbaren, Rechtes beurtheilt werden müsse. Nun stellt aber

b) schon das ältere römische Recht, selbst von der Divisio realis, die Regel auf: si pater inter filios sine scriptura bona divisit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem[15]), und in dem neueren wird als eine der Formen, um einer solchen Vermögenstheilung der Eltern rechtliche Gültigkeit zu verleihen, ausdrücklich angeführt: filios universos, inter quos res dividet, subscribere praeparare[16]), oder sogar: ipsos filios evocans faciat subscribere divisionibus ipsis, et ratas eas iudicare[17]), woraus folgt, daß die regelmäßige Eigenschaft solcher Theilungen die einer letztwilligen Verordnung war, welche auch dadurch nicht ausgeschlossen wurde, daß die Kinder ihre Zustimmung dazu ertheilt hatten[18]), indem solches die Natur einer vertragsmäßigen Verabredung nach den Grundsätzen des römischen Rechts gar nicht mit sich führen konnte, da letzteres Verträge über eine Erbschaft sogar als etwas gesetzlich Verbotenes betrachtete, den einzigen Fall ausgenommen, wo mehrere Personen über die Erbschaft eines Dritten pacisciren, und hierzu sodann der Erblasser seine Genehmigung ertheilt[19]), welches aber auf Vertheilungen der Eltern unter ihren Kindern schon um deßwillen nicht anwendbar ist, weil bei solchen die Eltern, als Erblasser, die haupt-

---

14) Wildvogel l. c. §. 23. v. Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des römischen Rechts. Th. I. S. 184. 189. Fritz Entwickelung der Lehre vom Testamente der Eltern unter ihren Kindern. S. 41. v. Wening-Ingenheim a. a. O. §. 482. S. 277.

15) l. 20. §. 3. D. fam. ercisc. 16) Nov. 18. cap. 7.

17) Nov. 107. cap. 3. 18) Scheffer l. c. §. 43.

19) l. 30. C. de pact. Euler l. c. §. 86 sqq.

sächlich Disponirenden sind, und gerade umgekehrt, wie in dem Falle eines nach römischem Rechte zulässigen Erbvertrages, die Beistimmung der erbberechtigten Kinder nur accessorisch hinzutritt [20]). Demnach kann

c) eine vertragsmäßig stattgefundene Theilung nur alsdann angenommen werden, wenn daraus die Absicht einer unwiderruflichen Verpflichtung aller Betheiligten ganz unzweifelhaft hervorgehet. Die hiernach im Allgemeinen begründete Vermuthung gegen die vertragsmäßige Eigenschaft einer Theilung der Eltern unter Kindern findet aber insonderheit auch darin eine specielle Stütze, daß eine völlig freie Verfügung der Eltern über ihr Vermögen (nur mit Ausnahme des Pflichttheils, welche ohnehin bei einer jeden Dispositionsweise vorbehalten bleibt) zu den wesentlichsten Bestimmungen des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern gehört, und gerade diesem Verhältnisse der Regel nach jedes Motiv für die Eltern, sich blos zu Gunsten ihrer Kinder auf eine unwiderrufliche Weise zu verpflichten, abgehet. Daher kann man in einer Theilung der Eltern unter den Kindern einen Vertrag, sofern sie als solcher nicht ganz ausdrücklich bezeichnet worden, wohl nur dann finden, wenn dieselbe in ein eigenthümlich teutsches Rechtsgeschäft, welchem seiner Natur nach der Character eines Vertrags zukommt, wie z. B. einen Ansatzcontract [21]), eingekleidet wurde [22]).

Die Praxis des Oberappellationsgerichts hat sich nun über diese verschiedenen Punkte ganz bestimmt dahin ausgesprochen, daß 1) das Eintreten der Intestat-Erbfolge als wesentliche Voraussetzung der Theilung der Eltern unter Kindern im engeren Sinne anzusehen sei, wie sich dieses aus dem zunächst hier folgenden Rechtsfalle N. 19. ergiebt; daß daher 2) eine Erbeneinsetzung für damit unverträglich zu halten sei, welches nicht nur aus der einer älteren Entscheidung [23]) zum Grunde gelegten Definition der **Divisio parentum inter liberos als Actus, quo parens heredes non instituit, sed in modum legati liberis assignat, quod ab intestato venientes capere debeant,** zu entnehmen ist, sondern auch im Gegensatze zum **Testamentum inter liberos** späterhin bestimmt dahin ausgesprochen wurde, daß bei jener die Kinder den Eltern ab intestato succediren, und das ihnen von denselben Zugetheilte

---

20) v. Batz Abhandlungen über verschiedene Gegenstände des Rechts. N. 19. §. 5. Vergl. a. v. Wening a. a. O.

21) Vergl. die Abhandl. VIII. dieses Bandes.

22) Schantz l. c. §. 34. Frankenfeld l. c. §. 10. v. Batz a. a. O. §. 7.

23) z. S. Stuntz g. Funk. v. 1762.

iudicio familiae herciscundae erlangen, wogegen eine Erbeinsetzung mit einer solchen Divisio ganz unverträglich sei [24]); 3) daß der Dispositionsact sich nicht auf einzelne Bestimmungen zum Vortheile oder Nachtheile eines oder mehrerer Kinder beschränken dürfe, vielmehr eine wirkliche Vermögenstheilung unter denselben bezwecken müsse, welches in einem Decret des Oberappellationsgerichts vom 26. August 1833 [25]) so ausgedrückt wurde, „daß die in Frage stehende Disposition nicht als eine Theilung der Eltern unter ihren Kindern angesehen werden könne, weil, soviel deren Inhalt angehe, eine solche Theilung weder unmittelbar noch mittelbar vorgenommen worden sei"; 4) daß zwar unter jener Voraussetzung den einzelnen Intestaterben ungleiche Theile, insonderheit auch mittelst geringeren Werthanschlags, angewiesen werden können [26]), diese jedoch nicht in ungleichen Quoten bestehen dürfen, indem letzteres als eine mit dem einfachen Theilungsacte unverträgliche Erbeinsetzung zu betrachten sein würde; wofür die practische Bestätigung rücksichtlich des Hauptsatzes in dem Rechtsfalle N. 19 enthalten ist, in Beziehung auf das angeführte Motiv aber schon in einem Oberappellationsgerichts-Decrete vom 4. Juli 1818 [27]) der von dem Obergerichte zu Cassel ausgesprochne Entscheidungsgrund genehmigt wurde: „daß die fragliche letztwillige Verfügung, da sie eine wirkliche Erbeinsetzung enthalte, nicht als eine Theilung der Eltern unter Kindern, sondern als ein wirkliches Testament, zu betrachten sieht;" 5) daß eine Theilung der Eltern unter Kindern, wozu diese ihre Einwilligung ertheilt haben, nur dann als Vertrag gelten, und der jenem Dispositionsacte eigenthümlichen Form enthoben betrachtet werden könne, wenn aus dem Inhalte der Urkunde die Absicht einer unwiderruflichen Verpflichtung der Betheiligten hervorgehe, daß jedoch eine nach des Erblassers Tode erfolgte Anerkennung, auch wenn die Disposition eine letztwillige und also jener Form bedürftige war, den Mangel dieser Form beseitige; beides erkannt in dem Rechtsfalle N. 19 [28]); 6) daß demnach insonderheit „die hinsichtlich einer Divisio parentum inter liberos geltenden Grundsätze da, wo lediglich eine Güter-Cession vorliegt, nicht anwendbar sind, wie von dem Oberappellationsgerichte in einem Falle, wo ein förmlicher zweiseitiger, das Eigenthum bestimm-

---

24) z. S. Lambrecht g. Käckel v. 1780.

25) z. S. Hetzler g. Hetzler.

26) Decisiones supr. tribun. Hasso-Cassell. T. I. dec. 126. p. 532. T. III. dec. 116. n. 4. 27) z. S. Klee g. Wenck.

28) Dahin schlagen auch die Rechtsfälle N. 30 u. 49 zur VIII. Abhandlung ein.

ter Grundstücke für eine gewisse Anschlagssumme übertragender, Contract vorhanden war, durch Decret vom 5. Nov. 1823 [29]) ausgesprochen wurde; womit im Gegensatz zu vergleichen ist die Entscheidung in einer älteren Sache [30]), durch welche die mit einer Gutsabtretung verbundene Disposition über den weiteren Nachlaß als Vertheilung der Eltern unter den Kindern aufrecht erhalten, und dabei ausdrücklich bemerkt wurde, es könne diese Disposition auch nicht um deßwillen als ein Contract gelten, weil der Sohn den Aufsatz mit unterschrieben habe und die Disponenten selbst das Geschäft eine Cession genannt hätten; welches letztere insonderheit auch in dem Rechtsfalle N. 20 eine practische Bestätigung findet; 7) daß das gesetzliche Erforderniß der Unterschrift nur alternativ, entweder von Seiten der Eltern oder von Seiten der Kinder, zu verstehen sei; welches aus einem Entscheidungsgrunde des oben angeführten Erkenntnisses vom 26. Aug. 1833 sich ergiebt, wodurch der in Frage stehenden Disposition die rechtliche Eigenschaft einer Theilung der Eltern unter den Kindern auch um deßwillen abgesprochen wurde, weil „soviel ihre gesetzliche Form betreffe, es an der eigenhändigen Unterschrift der Disponentin oder der Betheiligten fehle." Endlich 8) kommt hier noch das specielle particularrechtliche Bedenken in Erwägung, ob nicht, wenn Immobilien den Gegenstand der elterlichen Vertheilung ausmachen, zu deren formeller Gültigkeit die gerichtliche Bestätigung, zufolge der allgemeinen Vorschrift des §. 36. der Verordnung vom 17. Merz 1767 [31]), daß „hinkünftig über alle unbeweglichen Güter ohne Unterschied die gerichtliche Confirmation erfordert, mithin die geschwisterlichen Güter-Vertheilungen und elterlichen Ansatzbriefe ebenfalls sub poena nullitatis gerichtlich confirmirt werden sollen", nothwendig sei. Es wurde jedoch bei dem Oberappellationsgerichte diese gesetzliche Bestimmung für unanwendbar auf die Theilungen der Eltern unter ihren Kindern gehalten, weil die Erwähnung der geschwisterlichen Vertheilungen sich auf dergleichen nach dem Ableben der Eltern unter den Kindern geschehende Handlungen beziehe, und was von Ansatzcontracten als eigentlichen Verträgen, gesagt werde, nicht auch von jenen Theilungen, als letztwilligen Verfügungen, gelten könne, wie auch der in der Verordnung selbst enthaltene Gegensatz zwischen den genannten Rechtsgeschäften und

---

29) Rechsfall N. 37. zur VIII. Abhdl.

30) Hotte g. Hotte v. 1768.

31) Samml. der Landesordn. Th. VI. S. 411. Vergl. a. B. I. dieser pract. Ausf. S. 164.

den Testamenten beweise [32]). Nach diesem Grundsatze wurde der Rechtsfall N. 20. entschieden. — Nur beiläufig mag sodann hier, zu analoger Anwendung, noch die Bemerkung Platz finden, daß die in einem Rechtsstreite über ein **Testamentum parentum inter liberos** von einer der Partheien vertheidigte Ansicht, daß nach der Testamentsordnung vom 4. August 1801 [33]) alle letztwilligen Verfügungen zu ihrem Rechtsbestande der gerichtlichen Mitwirkung bedürften, von dem Oberappellationsgerichte für gänzlich ungegründet erklärt wurde [34]),

XXIX.

Kann Jemand für Vortheile, die er dem Andern factisch zukommen ließ, ohne dazu rechtlich verbunden zu sein oder ein Versprechen der Vergütung für sich zu haben, Entschädigung fodern? *)

Wer für etwas dem Andern Gegebenes oder Geleistetes eine Vergeltung von selbigem verlangt, die dieser verweigert, ist, weil für den Empfänger, Besitzer und Beklagten die Vermuthung rechtmäßigen Erwerbs und der Freiheit von Verbindlichkeit streitet, gehalten, für seinen Anspruch einen speciellen Grund anzuführen und darzulegen. Beruhet das Gegebene oder Geleistete auf einem Vertrage, so steht ihm auf Rückgabe oder Vergeltung die geeignete Contracts-Klage, oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder **condictio causa data, causa non secuta** zu. Ist hingegen ohne Vertrag oder ausdrückliche Schenkung dem Andern etwas gegeben oder geleistet worden, so kann die Rückgabe oder Vergütung überhaupt nur auf dem Grunde einer speciellen gesetzlichen Klage, vor-

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe 1836. I. Th. S. 1 — 13.

32) In Beziehung auf die Ansatzcontracte insonderheit ist noch zu vergleichen die Abhdl. VIII. §. 6. u. 22.

33) Samml. d. Landesordn. Th. VIII. S. 52.

34) Decr. v. 8. Apr. z. S. Lins g. Lins.

nehmlich einer Condiction, gefordert werden, mithin nur wegen eines speciellen Rechtsverhältnisses, aus welchem die Ungültigkeit des Gebens, Leistens oder das Aufhören des bisherigen Besitztitels oder die Verbindlichkeit zur Entschädigung gegen den Urheber zugeflossener Vortheile hervorgeht. Rechtsverhältnisse dieser Art sind folgende:

1) Wenn Jemand aus factischem Irrthum sich zu dem, was er dem Andern gegeben, geleistet hat, für verbindlich hielt oder über die Verbindlichkeit dazu zweifelhaft war, so kann er mit der condictione indebiti, unter Darlegung der factischen Veranlassungen seines Irrthums, Vergütung ansprechen [1]).

2) Wenn das Geschäft, woraus gegeben oder geleistet wurde, entweder gleich ursprünglich ohne Gültigkeit war, z. B. wegen physischer Unmöglichkeit der Bedingung oder wegen Mängel in der Form oder dem Inhalte desselben oder wenn es späterhin (abgesehen von Verträgen) seine Endschaft erreicht hatte, so wird die Rückgabe oder Vergütung der Sache oder Leistung mit der condictione sine causa oder restitutione in integrum gefodert [2]).

3) Wegen des aus verbotenen Geschäften Gegebenen, Geleisteten, tritt die condictio ob turpem vel injustam causam ein [3]).

4) Wer zum Besten einer dabei nicht concurrirenden Person Aufwand gemacht hat a) unter Umständen, welche vermuthen ließen: die interessirte Person würde, wäre sie gegenwärtig gewesen, den Aufwand selbst gemacht haben, kann von letzterer Entschädigung fodern, mit der actione negotiorum gestorum contraria [4]), sollte er auch die Person, zu deren Besten sein Aufwand gereichte, nicht gekannt oder sich in der Person geirrt haben [5]). b) Ließ sich aus den Umständen nicht oder nicht sicher schließen, daß der abwesende Interessent diesen Aufwand selbst würde gemacht haben, und ist aa) für selbigen ein Nutzen geblieben, so ist er den Werth desselben, auf angestellte actionem de in rem verso vel negotiorum gestorum contrariam zu vergüten verbunden [6]); bb) bei ursprünglich nicht

---

1) Tit. ff. et Cod. de condict. indebiti insbesondere L. 26. §. 12. ff. eod. L. 11. Cod. eod.

2) Tit. ff. de condict. sine causa. L. 29 et 54. ff. de condict. indeb. L. 1. C. de condict. ob caus.

3) Tit. ff. de condict. ob turp. vel injust. causam.

4) L. 1 et 2. ff. de negot. gest. L. 10. §. 1. eod. L. 17. §. 3. ff. commodati.

5) L. 6. §. 8. ff. de negot. gest. L. 45. §. 2. eod. Zum Beispiel: Aufwand für den Transport einer gefundenen fremden Sache.

6) L. 10. §. 1. L. 11. ff. de negot. gest. L. 43. eod. L. 25 et 27. pr. eod. Dagegen findet bei wirklichen Contracten wegen des

vorhandenem oder vor der Vergütung wieder geschwundenem Nutzen für den abwesenden Interessenten ist letzterer zu nichts gehalten [7]), doch auch dem Urheber des unnützlichen Aufwandes auf die fremde Sache, soweit selbiger noch vorhanden ist, die Wegnahme desselben, wenn sie unbeschadet der Substanz geschehen kann, nicht versagt.

c) Hat Jemand auf eine fremde Sache Kosten aufgewendet, ohne die Absicht, dadurch das Beste des Andern zu befördern, so steht ihm nach Verschiedenheit seines Verhältnisses zum Eigenthümer und mit Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben bald ein Anspruch auf Vergütung des nothwendigen oder nützlichen Aufwandes ob versionem in rem) bald nur die Befugniß zu, den Luxusaufwand wieder wegzunehmen, so weit dieß ohne Beschädigung der Substanz geschehen kann [8]). [Der Fall der nachher erfolgten Genehmigung des gemachten Aufwandes gehört nicht zu unserer Rechtsfrage.]

Wo nun außerhalb der bisher aufgeführten Rechtsverhältnisse Jemand dem Andern etwas geleistet oder gegeben hat, wozu er weder durch Gesetz unmittelbar, noch durch letzten Willen oder Vertrag verpflichtet war, da läßt sich ein Anspruch auf Entschädigung dafür weder aus speciellen Gesetzen, noch aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen ableiten. Vielmehr enthält die Thatsache des Geleisteten oder Gegebenen stillschweigend einen solchen Vertrag, welcher seiner Natur nach unvergeltlich ist, oder ausdrückliche Gesetze versagen aus jener nackten Thatsache einen Anspruch auf Vergütung entweder schlechthin oder aus dem Grunde einer aus einschlagenden Verhältnissen der Interessenten zu vermuthenden Schenkung. Dieß ergiebt sich aus folgenden für unsere Rechtsfrage noch übrig bleibenden Fällen:

I. Duldet Jemand, daß der Andere seine Sache in Gebrauch nimmt, und ist es a) eine unverzehrliche, so schließen sie stillschweigend ein precarium oder, wenn Letzterer sich den Gebrauch auf gewisse Zeit ausbat und Ersterer selbigen stillschweigend gewährte, ein commodatum. Beiderlei Conventionen aber sind unvergeltlich [9]).

---

ausserhalb einer ausdrücklichen Verabredung gemachten Aufwandes die Contractsklage statt. L. 55. §. 1. ff. locati cond. L. 61. pr. eod. L. 18. §. 2. ff. commodati. L. 23. ff. depositi.

7) L. 10. §. 1. ff. de negot. gest. L. 11. 25. 27. 43. eod.

8) Verglichen die in den Noten 24 — 27 angeführten Gesetze.

9) Vergl. L. 1. §. 1. ff. commodati vel contra. L. 17. §. 3. eod. L. 1. ff. de precario. L. 9. pr. ff. de donationib. „In aedibus alienis habitare gratis, donatio videtur: id enim ipsum capere videtur, qui habitat, quod mercedem pro habitatione non solvit.“ L. 29. pr. ff. eod. Kori, Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. Naumburg 1817. §. 10—14.

Unter diesen Umständen kann also für das geduldete Befahren unseres Feldes, Bewohnen unseres Hauses (welches sich nicht als stillschweigende Verlängerung des vorherigen ausdrücklichen Miethcontractes darstellt), für Beherbergung eines fremden darin, für den Gebrauch von Büchern, welche der Andere auf seine Bitte, sie ihm zu leihen, ohne unsern Widerspruch, sofort mit sich wegnahm, keine Vergütung gefodert werden. b) Ist es eine verzehrliche Sache, z. B. wir duldeten das Ausziehen von Rüben, das Obstpflücken, das Aehrenlesen des Andern auf unserm Grundstücke, so steht dieser Fall mit dem, wo Etwas gegeben worden ist, (vergl. num. III.) unter gleichen Rechtsgrundsätzen.

II. Leistet Jemand dem Andern Dienste, gleichviel ob auf dessen Bitten oder Ansuchen, oder schlechthin, so stehen diese unter der Kategorie entweder eines stillschweigenden Mandatscontractes, wenn der Andere gegenwärtig war und die Dienste wußte, oder einer negotiorum gestionis, wenn der Andere nicht gegenwärtig war, oder eines Niederlegungsvertrages, wenn er die Sache zur Aufbewahrung stillschweigend annahm. Der Dienstleidende hat also, weil auch diese Verträge unentgeltlich sind, keinen Anspruch auf Vergütung für seine Bemühungen [10]), sondern nur für dabei gehabten Aufwand. (Vergl. obigen Fall unter Num. 4)

III. Giebt Jemand einer bestimmten Person Etwas schlechthin, ohne daß einer der Fälle vorliegt, welche oben unter Num. 1 — 4 aufgestellt worden, so versagen ihm die Gesetze einen Anspruch auf Vergütung des Gegebenen ausdrücklich, selbst wenn er die Absicht gehabt hätte, das Gegebene zurückzufodern [11]), weil er diese Absicht nicht als Bedingung des Gebens ausgesprochen hat. Ein solches Geben wird folglich als Schenkung präsumirt [12]), ohne daß dem Empfänger, welcher dafür nichts vergüten oder das Erhal-

---

10) Vergl. L. 1. §. 4. ff. mandati vel contr. — Nach L. 56. §. 3. eod. und L. 17. C. eod. ist selbst ein generelles Versprechen eines Salairs, ohne Bestimmung des Betrags, für den Mandanten unverbindlich.

11) L. 50. ff. de condict. indebiti: „Quod quis sciens indebitum debit hac mente, ut postea repeteret, repetere non potest.“ L. 9. pr. Cod. eod.: „Indebitum solutum sciens non (recte) repetit.“ Das Wissen des Gebers, er sei nicht verpflichtet, schließt den Begriff eines indebiti (einer Zahlung aus vermeintlicher Verbindlichkeit) von selbst aus.

12) L. 29. pr. ff. de donationib. „Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur.“ L. 1. pr. eod. Preuß. Allgem. Landrecht, Th. I. Tit. 11. §. 1045. „Was unter Umständen gegeben worden, wo sich gar keine andere Absicht des Gebenden denken läßt, ist gleichfalls für geschenkt anzusehen.“

tene nicht wieder herausgeben will, der Beweis eines besondern Verhältnisses aufgelegt wäre, welches allererst die Vermuthung der Schenkung begründete, z. B. daß er als Hülfsbedürftiger die Unterstützung, das Almosen, die Lebensmittel erhalten, daß das Empfangene als eine freiwillige Wiedervergeltung früherer dem Geber geleisteten Wohlthaten oder früher oder jetzt noch dem Geber geleisteten Dienste anzusehen sei, oder daß eine Verwandtschaft oder Schwäherschaft zwischen ihm und dem Geber den Schluß auf eine Schenkung begründe. Die Befreiung des Empfängers von dergleichen Beweisen liegt sowohl in den angeführten Gesetzen, als darin: daß er als Besitzer und Beklagter allererst abwarten kann: ob der Geber seine Klage auf Rückgabe oder Entschädigung mit einem hinreichenden speciellen Grunde zu verbinden im Stande sei. Denn ohne solchen wird die Klage als unschlüssig von selbst zurückgewiesen. Hatte z. B. der Geber, welcher vielleicht ärmer oder wenigstens nicht reicher ist, als der Empfänger, darauf gerechnet, dieser werde sich von selbst abfinden und vielleicht reichlicher vergelten, als er ihm zukommen lassen, oder hatte er etwa bei des Empfängers herannahendem Tode gehofft, denselben zu einer für ihn günstigen letztwilligen Disposition zu veranlassen, und sich in seinen Erwartungen getäuscht, so steht ihm kein Anspruch auf Rückgabe oder Vergütung des Gegebenen zu [13]). Wäre aber die Klage des Gebers gegen den Empfänger bloß darauf gestützt, daß er bei dem Geben vorausgesetzt habe: der Empfänger sei rechtlich zur Wiedererstattung verbunden, so müßte diese Klage als zu generell abgewiesen werden, weil sie nicht das Anführen eines factischen Irrthums des Gebers enthält und diesem, wenn er aus Rechtsunwissenheit etwas gegeben hätte, eine Klage überhaupt nicht zustünde [14]). Selbst derjenige, welcher zur Vergeltung ihm erwiesener Dienste gegen den Andern freigebig war, und hernach erfuhr, daß der Empfänger nichts für ihn gethan habe, hat keinen Anspruch auf Wiedererstattung [15]).

---

13) L. 3. §. 7. ff. de condict. caus. dat. c. n. sec. „Quamquam constet, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo, qui acceperit, remunerari existimaret, vel amiciorem sibi esse eum futurum, repetere non posse, opinione falsa deceptum.“ — Hätte hingegen der Empfänger dem Geber ausdrücklich versprochen, ihn in seinem letzten Willen als Legatar oder Erben einzusetzen, und dieser ihm dafür Unterstützungen zufließen lassen, jener aber seine Zusage nicht gehalten, so kann der Geber gegen die Erben des Empfängers allerdings condictionem, causa data, caus. non secuta, anstellen. L. 65. §. 3. ff. de condict. causa data, c. n. sec.

14) L. 9. §. 2. ff. de juris et facti ignor. L. 10. C. eod. L. 9. C. ad L. Falcid.

15) L. 65. §. 2. ff. de condict. indeb. L. 52. eod. L. 3. ff. de donationib.

Die Gesetze, welche von der nackten Thatsache des Gebens sprechen, erwähnen bisweilen den Grund, warum ein solches Geben als Schenkung zu vermuthen sei, z. B. vorausgegangene Gefälligkeiten des Empfängers gegen den Geber[16]), eine besondere Liebe des Gebers gegen die Person des Empfängers[17]), Hausfreundschaft und eine der elterlichen Liebe gleiche Zuneigung[18]), eheliches Verhältniß[19]), ingleichen Blutsverwandtschaft und Schwägerschaft[20]). Diese Verhältnisse sind aber zum Theil um deswillen mit erwähnt, weil ein concurrirendes anderes Verhältniß es zweifelhaft machte: ob das Gegebene habe geschenkt oder nur verlegt sein sollen, nämlich bei einer einschlagenden negotiorum gestione[21]). In einem solchen Verhältnisse soll, wenn der Zweifel nicht durch ausdrücklichen Widerspruch wider die Vermuthung einer Schenkung gehoben ist, aus den vorliegenden Umständen ermessen werden: ob das Gegebene auf eine Schenkung oder auf negotiorum gestionem zu gründen sei. Da nun selbst in diesen zusammengesetzten Verhältnissen bisweilen Schenkung präsumirt wird, so wäre es sehr unlogisch: daraus einen allgemeinen Schluß zu ziehen: als

---

16) L. 65. §. 2. et L. 52. ff. de condict. indebiti.

17) L. 8. Cod. de obligat.

18) Bei Gelegenheit bezahlter Proceßkosten. L. 44. ff. de negot. gestis. L. 1. Cod. eod.

19) L. 13. C. eod. L. 47. ff. de donat. inter vir. et uxor. L. 22. §. 8. ff. soluto matrim. L. 73. §. 1. ff. de jure dot.

20) In Beziehung auf Adscendenten und Descendenten, ingleichen Geschwister: L. 73. §. 1. ff. de jure dot. L. 13. §. 2. ff. de admnist. tut. et peric. tutor. L. 1. §. 2. de tutelae et rationib. distrah. L. 12. C. de negot. gest. L. 14. §. 7. ff. de religios. et sumtib. funer. L. 34. ff. de negot. gest. L. 1 et 11. Cod. eod. — Damit stimmt das Preuß. Landrecht, Thl. I., Tit. 11. §. 1042., überein. — Ferner in Beziehung auf Onkel, Tante und Neffen, L. 27. §. 1. ff. de negot. gest., ingleichen auf den Stiefvater, L. 15. C. de negot. gest., wie denn Stief- und Schwiegereltern überhaupt in gleicher Kategorie stehen, nach L. 5. §. 1. ff. de condict. causa data, c. n. sec. und bei wirklichen Schenkungen, hinsichtlich der Ursache dazu, die Blutsverwandten den bloßen Freunden, die sich um den Schenker verdient gemacht haben, gleichgestellt sind.

21) Der Großmutter. L. 34. ff. de negot. gest. bei Bezahlung der Prozeßkosten für einen Pupillen. L. 44. ff. de negot. gest. et L. 1. C. eod. bei Bezahlung der Erbschaftsschulden durch den Bruder, welcher für seine Schwester als vermeintliche Erbin negotia geriren wollte, L. 45. §. 2. ff. eod. L. 16. Cod. eod., oder welcher für seinen Bruder als Miterben in gleicher Absicht die Erbschaftsschulden bezahlte. L. 3. C. eod. bei Bezahlung der Krankheitskosten des Ehemannes für seine wahnsinnige Frau. L. 13. C. eod. L. 47. ff. de donat. inter vir. et uxorem. L. 22. §. 8. ff. soluto matrim.

ob überhaupt das bloße Geben nicht für eine Schenkung anzusehen sei, sondern eine Klage auf Rückgabe oder Vergütung gewähre. Das Gegentheil bestätigen die bereits oben angeführten Gesetze. Ja, wollte man, selbst das bloße factische Geben nicht für Schenkung achten, so würde doch, nach der bereits aufgestellten Auseinandersetzung immer noch ein specieller Grund ermangeln, aus welchem das Gegebene zurückgefordert oder Vergütung dafür verlangt werden könnte. Denn der bloße Vortheil, welchen der Empfänger aus dem Erhaltenen gezogen hat, gewährt eine solche Klage nicht, indem sowohl die Regel: neminem cum alterius detrimento (injuria) fieri locupletiorem voraussetzt: daß ein specieller rechtlicher Grund zum Zurückfodern oder Vergeltung vorhanden sei[22]), z. B. daß die Bedingungen der condictionis indebiti vorliegen[23]), als auch die actio de in rem verso, ausser der Gewährung eines wirklichen Nutzens, noch auf ein besonderes Verhältniß zu gründen ist, welches animum donandi ausschließt[24]), z. B. auf den Glauben, daß die von uns verbesserte Sache unser gewesen sei[25]), oder auf die Unwissenheit: wer der Eigenthümer der Sache sei[26]), oder darauf: daß man als mandans, negotiorum gestor, als tutor oder curator den Aufwand gemacht habe[27]).

Von der Regel, daß in den oben Num. I—IV. aufgeführten Fällen factisch gewährter Vortheile die Unvergeltlichkeit derselben präsumirt werde, ist jedoch bei denjenigen Personen eine Ausnahme zu machen, welche vermöge ihres Amtes oder Gewerbes Andern dergleichen Vortheile gewährt und dergleichen Dienste geleistet haben, dafern das Amt nach der Staatsverfassung unter diejenigen gehört, bei welchen die Amtsgeschäfte von den damit bedienten Privatpersonen zu honoriren sind. Insbesondere gehören dahin die Advokaten und Proxeneten[28]), die Aerzte, Chirurgen, Künstler, Handwerker, Tagelöhner, Gastwirthe, Fuhrleute (wofür aber die Bauern überhaupt nicht zu achten sind).

---

22) L. 14. junct. L. 13. §. 1. et L. 33. ff. de condict. indebiti. L. 206. ff. de reg. jur. L. 32. ff. de reb. creditis.

23) L. 66. ff. de condict. indebiti.

24) Tot. Tit. ff. de in rem verso besonders L. 1. pr. 1. L. 7. §. 5. eod.

25) L. 33. ff. de condict. indebiti. L. 6. §. 3. ff. de negot. gest. L. 12. ff. de adquir. rer. domin.

26) L. 38. ff. de petit. heredit. L. 2. C. de rei vindicat. Damit steht die bloß generelle L. 14. ff. de donatib nicht im Widerspruche.

27) L. 38. ff. de petit. heredit.

28) L. 1. §. 11. ff. de extraordin. cognit. L. 3. ff. de proxenet.

Nach diesen dargelegten allgemeinen Rechtsgrundsätzen werden nun einzelne in diese Theorie einschlagenden Fälle sich leicht beurtheilen lassen. Insbesondere ist also derjenige, welcher eine Person zu seinen Diensten in sein Haus aufgenommen und beköstigt, auch wohl mit Kleidern versorgt hat, ohne ihr eine besondere Entschädigung oder Lohn zu versprechen, zu einer solchen Vergeltung nicht verbindlich [29]), aber auch nicht befugt, für die gewährte Kleidung, Beköstigung und Wohnung ihr etwas anzusetzen. Ohnehin stand beiden Theilen frei, von diesem Verhältniß, welches auf keinem Miethcontracte beruhte, zu jeder Zeit wieder zurückzutreten.

Hat Jemand seine Verwandte oder Freunde, oder solche Personen, mit welchen er, wenn auch nur auf einige Zeit, in näherm Verhältnisse steht, z. B. seinen Verpachter, Pachter, Weinhändler, Arzt, Advocaten, Seelsorger, oder andere Beamte seines Ortes, deren Wirkungskreis ihn berührt, bei sich aufgenommen, oder Reisenden Nachtquartier gegeben, und diesen Personen Speise und Trank gereicht, Betten zum Schlafen übergeben, so kann er ihnen dafür keine Rechnung machen und sich ihnen als Gastwirth gegenüber stellen. Ihm stand frei, ob und wie viel Gutes er seinem Besuche zufließen lassen wollte, und letzterer konnte ihm dergleichen Nichts abfodern; hingegen bei einem Gastwirth tritt das Gegentheil ein. Eine Aufforderung der besuchenden Personen, ihnen dergleichen Vortheile zu gewähren, enthält an sich noch nicht das Versprechen der Vergütung, ändert also die Regel nicht, ohnehin konnte diese Aufforderung sich auf die Voraussetzung gründen, daß sie bei einem Gegenbesuche sich gleich freigebig bezeigen könnten.

Mit diesen Grundsätzen stimmen denn auch die Entscheidungen des Königl. Sächs. Appellations-Gerichts überein, im Recommunicat an die Ober-Amts-Regierung in Bautzen, Registrande vom Jahre 1826. B. Nr. 592 und in den Rescripten der Registrande vom Jahre 1827. B. Nr. 535. Nr. 589. ingleichen vom Jahre 1828. B. Nr. 208.

---

29) Hommel, rhaps. 67.

XXX.

Von Gemeinheits-Beschlüssen.

A. Ueber die Stimmenmehrheit bei Gemeinheits-Beschlüssen *)

Die rechtlichen Verhältnisse der Gemeinheiten gehören unter diejenigen Gegenstände des bürgerlichen Rechts, bei denen man vornehmlich eine Ausbildung durch vaterländische zeitgemäße Gesetze vermißt, welche die zahllosen streitigen Rechtsfragen, die diese Verhältnisse tagtäglich den Gerichten darbieten, näher bestimmt hätten, als wofür das römische Recht in seinen Bestimmungen über die Collegien der Decurionen und in einigen andern Bruchstücken nur eine höchst dürftige Aushülfe gewährt. Auch in den Schriften der Rechtsgelehrten findet man über diesen Gegenstand keine befriedigende Auskunft, ja nicht selten über die Hauptfragen in dieser Materie auffallende Verschiedenheit der Meinungen, wie denn auch in den Erkenntnissen der Spruchbehörden über einzelne diesen Verhältnissen angehörende Streitfragen wenig Gleichförmigkeit anzutreffen war.

Vorstehender Aufsatz und die vier folgenden mögen als Beiträge zu Vervollständigung und Berichtigung der Theorie von Gemeinheitsrecht angesehen werden.

Wenn eine Gemeinheit überhaupt in einer vom Staatsoberhaupte anerkannten Gesellschaft besteht, die zu Beförderung eines fortdauernden für alle Glieder nützlichen Zwecks vereinigt ist, so beschränken sich die Beschlüsse derselben von selbst auf solche Gegenstände, welche sich auf den jeder Gemeinheit eigenthümlichen Zweck und die Mittel dazu beziehen. Ob nun schon das Interesse bei solchen Gegenständen alle Gemeinheitsglieder berührt, so würde doch für den Zweck der Gemeinheit selten etwas geschehen können. wenn zu den Gemeinheitsbeschlüssen die Zustimmung aller Glieder erforderlich wäre. Daher sind die meisten Rechtslehrer darüber ein-

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe II. Thl. S. 1 — 34.

verstanden, daß in der Regel ein durch die Mehrheit der Gemeinheitsglieder gefaßter Beschluß gültig und für die Minderzahl derselben bindend sei [1]). Allein mehrere Rechtsgelehrte verstehen jene Mehrheit nur von $\frac{2}{3}$ Theilen der Gemeindeglieder, welche, auf vorgängige Zusammenberufung aller, wirklich erschienen sind und von denen die Mehrheit für den Beschluß gestimmt hat, wobei man zugleich eine Versammlung der Gemeindeglieder voraussetzt [2]). Nach dieser Meinung könnte in der That durch die Minorität der gesammten Gemeinheit ein gültiger Beschluß zu Stande kommen, denn bestände die Gemeinde z. B. aus 12 Gliedern, von denen in der angesetzten Versammlung 4 ausgeblieben und 8 erschienen wären, von welchen letzteren 5 Glieder über einen gewissen Beschluß sich geeinigt hätten, so müßte dieser Beschluß wider die übrigen 7 Gliedern in Gültigkeit treten, welche ihre Meinung nicht ausgesprochen oder selbst ausdrücklich ihre Beistimmung verweigert haben. Ueberhaupt nämlich läßt sich bei den in der Versammlung ausgebliebenen Mitgliedern der Gemeinheit ein stillschweigender Beitritt zu dem Beschlusse der anwesenden Mehrheit nicht voraussetzen, den sie nicht voraussehen konnten und wogegen sie nach der gewöhnlichen Verfassung auch mit einem spätern Widerspruch nicht weiter gehört werden. — Ob nun die Gültigkeit eines bloß von der Majorität der zu $\frac{2}{3}$ Theilen anwesenden Gemeinheitsglieder gefaßten Beschlusses als Regel in dem gemeinen Rechte wirklich gegründet sei, wird sich aus folgender Zusammenstellung und Beurtheilung der einschlagenden römischen und canonischen Gesetze ergeben, worunter einige nur auf die Beschlüsse in den Collegien der Decurionen, andere hingegen auf die Willenserklärungen der Gemeinheiten überhaupt sich beziehen.

---

1) Hommel, rhaps. §. 187. Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht. Göttingen 1823. §. 371. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. 3te Ausgabe. Landshut 1827. §. 115. Schweppe, Römisches Privatrecht. 4te Ausgabe. Göttingen 1828. §. 78. Bd. I. S. 181 u. f. Jac. Lud. Gaudlitz, Diss. (praes. Hauboldo) de finibus inter jus singulorum et universitatis regundis. Lips. 1804. pag. 24, 25 et 41. Der das Gegentheil behauptende Runde in seinen Beiträgen zur Erläut. rechtl. Gegenstände, Num. 1. §. 14, vermischt die Verhältnisse bloßer Gesellschaften mit denen der Gemeinheiten.

2) Berger, P. II. resp. 213. Zachariae, l. c. pag. 67. Glück, Erläut. der Pandecten. Th. I. §. 91. Thibaut, System des Pandectenrechts. §. 220. Kind, Quaest. for. ed. 2. Tom. III. cap. 96. pag. 418. Dagegen hat der Verfasser der in Note 2. angeführten Dissertation, wie er pag. 27 erklärt, die Frage über Berechnung der Stimmenmehrheit einer Prüfung nicht mit unterwerfen wollen.

A. Zu erstérer Classe gehören folgende:

Nach Leg. 3. ff. de decretis ab ordine faciendis (50. 9.) soll eine Versammlung der Decurionen nicht anders gültig sein, als wenn sich darin $\frac{2}{3}$ Theile der Decurionen eingefunden haben [3]), doch müssen zu der Versammlung, wie l. 2. Cod. de decurionib. (10. 31.) vorschreibt, sämmtliche Decurionen einberufen worden sein. Beschlüsse einer Decurionen-Versammlung von weniger als $\frac{2}{3}$ Theilen sind nach l. 2. ff. de decret. ab ordine fac. [4]) und l. 3. ff. quod cujuscunque universitatis nomine (3. 4.) ungültig. Sind hingegen wenigstens $\frac{2}{3}$ Theile gegenwärtig, so faßt die Mehrheit derselben einen gültigen Beschluß, welcher auch die ausgebliebenen oder dissentirenden Decurionen bindet [5]).

Wenn es nun überhaupt bedenklich fällt, das römische Staatsrecht auf unsere heutigen Staatsverfassungen anzuwenden, so dürfte noch weit mehr die Anwendbarkeit der römischen Verfassungs-Normen für die Decurionen-Collegien auf unsere heutigen Gemeinheiten zu bezweifeln sein, worunter besonders die für Staatszwecke thätigen öffentlichen Collegien durch specielle Landesgesetze oder Collegialobservanz ihre eigenthümliche Organisation erhalten haben [6]). Daher läßt sich denn auch in diesen römischen Gesetzen vorausgesetzte Versammlung der Decurionen und die erforderte Gegenwart von wenigstens zwei Drittheilen als eine allgemeine Vorschrift, auch für unsere heutigen Gemeinheiten nicht ansehen, wie sie denn selbst bei den Römern nur für die Decurionen, nicht überhaupt für alle Gemeinheiten, bestand. Das in diesen Specialgesetzen ausgesprochene Princip aber, wornach dem Beschlusse der Stimmenmehrheit sich die Minderzahl zu unterwerfen hat, ist in andern Gesetzen, welche nicht bloß die Verfassung der Decurionen-Collegien betreffen, für die Gemeinheiten überhaupt ausgesprochen und um deßwillen als allgemeine Norm bei Gemeinheitsbeschlüssen auch heut zu Tage festzuhalten. Nämlich:

---

3) „Lege autem municipali cavetur, ut Ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis.“

4) Illa decreta, quae non legitimo numero decurionum coacto facta sunt, non valent.“

5) l. 19. ff. ad municipalem (50. 1.) „Quod major pars curiae efficit. pro eo habetur, ac si omnes egerint.“ l. 46. C. de decurionib. (10. 31.) l. 2. et 3. C. de praediis decurionum (10. 33.) l. 19. pr. ff. de tutoribus et curatoribus dat. (26, 5.)

6) Vergl. Struben, Rechtliche Bedenken. Thl. 1. Bed. 80. Dagegen wird von Leyser. spec. 673. med. 5. die subsidiarische Anwendung der leg. 3. ff. de decretis ab ordine fac. auf Capitul-Schlüsse vertheidigt.

B. Auf die Willenserklärungen der Gemeinheiten überhaupt beziehen sich folgende Gesetzstellen:

a) L. 160. §. 1. ff. de reg. juris: „Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.“

b) L. 5. Cod. de legationib. (65. 63), worin die Kaiser Theodosius, Arcadius und Honorius an Apodemium P. P. per Illyricum Folgendes verordnen: „Provincialium enim desideria, quibus necessaria saepe fortuitis (casibus) remedia deposcuntur, vobis agnoscere atque explorare permittimus: ut sint examinis tui, quae ex his auxilio tuo protinus implenda sint, et quae clementiae nostrae auribus intimanda videantur. In loco antem publico de communi utilitate (provincialium) sententia proferatur, atque id, quod majoris partis probaverit adsensus, solennis firmet auctoritas.“

c) In leg. 3. Cod. de vend. reb. civitat (11. 31.) wird die Veräusserung von Stadtgütern (auser Rom) zugelassen, wenn darein die Mehrheit der Stadteingesessenen, der Curialen und Honoratioren (plurima pars) gewilligt hat[7]), und es wird dabei nicht gerade die Anwesenheit von $\frac{2}{3}$ Theilen Stadtbewohner erfordert[8]).

d) Auch bei Veräusserung der Kirchen- und Klostergüter reicht die Einwilligung der Mehrheit (majoris s. amplioris partis) hin, wie in Nov. 120. cap. 6. §. 1 et 2 festgestellt ist.

e) Nach l. 2. § 5. C. de jurejur. propter calumniam (2. 59) hat die Mehrheit der Gemeindeglieder den Gefährde-Eid zu leisten; nicht minder wird

f) in cap. 1. 3 et 4. X. de his, quae fiunt a majori parte (3. 11.) und in cap. 42. X. de electione (1. 6.) die Gültigkeit eines Capitul-Schlusses schlechthin von der Mehrheit der Stimmen abhängig gemacht. [9])

---

7) Vergl. Brunnemann ad h. leg.

8) Curtius in seinem Handbuche des Churfächs. Rechts §. 1365 geht vom Gegentheil aus.

9) Selbst ein Nachlaßvertrag zwischen dem Erben und den Nachlaßgläubigern, obschon diese von den Römern nicht als eine Gemeinheit betrachtet wurden, wird durch die Stimmen-Mehrheit der Gläubiger auch für die Minderzahl bindend. l. 7. §. 17 — 19. l. 8. 9 et 10. ff. de pactis. l. 58. §. 1. ff. mandati. l. fin. Cod. qui bonis cedere poss. ferner wird ein curator bonorum nach der Stimmen-Mehrheit der Gläubiger erwählt. l. 2. pr. l. 5. ff. de curatore bonis dando, und bei der missione in bona debitoris, welche für mehrere Gläubiger zu vollziehen war, hatte die Mehrheit derselben einen Mann zu bestellen, der die Güter-Verwaltung übernahm. l. 15. pr. ff. de reb. auct. judic. poss.

Auch der Sachsenspiegel B. II. Art. 55. erkennt den Beschluß einer Dorfgemeinde, welchen die Mehrheit gefaßt hat, für gültig an, sowie das Churſächs. Rescript vom 9. Juni 1789 in Beziehung auf Theilung der Gemeinde-Huthungsplätze[10]), und die Verordnung des Königl. Sächs. Kirchenrathes vom 15. Juli 1799 hinsichtlich der Einführung neuer Gesangbücher in einer Parochie, ingleichen die General-Verordnung der Königl. Sächs. Landesregierung vom 5. Febr. 1814 (General-Gouvernements-Blatt 1814. Nr. 26. S. 203) über Abstellung der Singumgänge gegen Entschädigung der Schullehrer.

Aus diesen gesetzlichen Bestimmungen stellt sich denn die Regel heraus: daß zu Beschlüssen über Gemeinheits-Angelegenheiten, welche sich mithin auf den jeder Gemeinheit eigenthümlichen fortdauernden Zweck beziehen, die Beistimmung der Mehrheit der sämmtlichen Gemeinheitsglieder erforderlich sei, die Einwilligung der Mehrheit aus bloß $\frac{2}{3}$ Theilen in der Versammlung gegenwärtiger Mitglieder aber nicht ausreiche, wo nicht besondere Landesgesetze überhaupt oder für gewisse Gemeinheits-Angelegenheiten, z. B. für Syndicats-Errichtungen das Gegentheil oder andere Abweichungen festgestellt haben[11]). Einer landesfürstlichen oder ge-

---

10) Ueberhaupt auch das Preuß. Landrecht. Th. II. Tit. VI. §. 62. 136. und das Oesterreich. bürgerliche Gesetzbuch. Th. II. §. 833, 836 und 838. — Nach dem Königl. Sächs. Gesetze über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen v. 17. März 1832. §. 1 u. 2. (Gesetzsamml. S. 167) sind Privatvereinigungen über Gemeinheitstheilungen, im Gegensatz der in diesem Gesetz vorgezeichneten nothwendigen Theilung, nicht ausgeschlossen. Nach §. 61. dieses Gesetzes ist auch die Frage: ob und wegen welcher Leistungen, die einer Gemeinde obliegen, auf Ablösung provocirt werden soll? der Stimmen-Mehrheit überlassen, welche nach Proportion der den einzelnen Gemeindegliedern obliegenden Leistungen, oder, wo eine solche nicht feststeht, nach der Hufenzahl berechnet wird, wobei 8 Häusler oder 4 Gärtner dem Besitzer einer Hufe gleichgestellt sind. §. 60. u. 109 — 111. verb. mit §. 106.

11) Zum Beispiel das Königl. Sächs. Huthungsmandat vom 4. October 1828. §. 25. Das Königl. Sächs. Appellationsgericht hatte zwar die Form der Syndikats-Errichtung auf andere Gemeinheits-Beschlüsse ausgedehnt in S. Johann Heinr. Leop. Schmidt's ∴ die Häusler zu Seyfertsmühle. 1800 II. B. 121. hingegen diese Meinung wieder verlassen und die Gültigkeit der durch die Mehrheit gefaßten Gemeinheits-Beschlüsse als Regel anerkannt in S. Joh. Gottfr. Reichart's ∴ Bodo Burkhard von Bodenhausen. 1802. II. B. Nr. 47; ferner in S Weber's und Cons. ∴ Carl Adolph von Carlowitz u. Cons. 1818. I. B. Nr. 89; in S. Sam. Gerschler's ∴ Fürchteg. Löwen u. Cons. 1825. P. I. A. Nr. 67. u. 1828. P. II. B. Nr. 30. und in S. Haufens u. Cons. ∴ Wagnern 1828. P. II. B. 25. Mit dieser Regel ist auch Mittermaier und Schweppe a. O. einverstanden.

richtlichen Bestätigung der durch die Mehrheit gefaßten Gemeinheitsbeschlüsse bedürfen selbige in der Regel nicht[12]) und der Reichsschluß von den Handwerks-Mißbräuchen vom J. 1731. §. 1, welcher die ohne landesfürstliche Genehmigung festgestellten Handwerks-Artikel für ungültig erklärt, ingleichen die Vorschrift des Churfächs. Mandats wegen Versorgung der Armen vom 11. Apr. 1772. Cap. I. §. 14, welche den Gemeinden untersagt, ohne Einwilligung ihrer Obrigkeit eine Einrichtung zu Verpflegung ihrer Armen zu treffen, ferner das Rescript vom 17. Juli 1794 (Cod. Aug. Cont. II. Tit. Ii p. 539), wornach man bei Veräusserungen von Stadtvermögen die Bestätigung der Landesregierung für nothwendig hält[13]), ingleichen die in den Beifugen zur Altenburg. Landesordnung pag. 364. enthaltene Vorschrift: daß der Verkauf des Gemeinde-Holzes mit Einwilligung der Obrigkeit geschehen solle, sind bloß als Ausnahmen zu betrachten. Mehrere Juristen stellen Fälle auf, wo zu den Gemeinheits-Beschlüssen die Einwilligung aller Gemeinheitsglieder erforderlich wäre. Allein die Gesetze, worauf sie sich hierbei stützen, sprechen nicht von Gemeinheits-Angelegenheiten, sondern nur von Gegenständen, die das besondere Interesse einzelner in einer Gemeinschaft oder Gesellschaft stehender Privatpersonen betreffen[14]). Ein Eingriff in diese besondern Rechtsverhältnisse der Glieder einer Gemeinheit steht natürlich selbst der Mehrheit der Gemeinheitsglieder nicht zu, da diese nur über eigentliche Gemeinheits-Angelegenheiten Beschlüsse, die für alle Glieder verbindlich sind, zu fassen ermächtigt ist.

---

12) l. 4. ff. de collegiis. Vergl. Leyser, spec. 8. med. 5. Glück, Erläuter. der Pandecten. §. 92. Hommel. rhaps. 187. in fine.

13) Curtius, Handb. d. Churfächs. Rechts. §. 1364. Eine abändernde Bestimmung enthält die allgm. Städte-Ordnung v. 2. Febr. 1832. §. 33. Gesetzsamml. S. 27.

14) Nämlich l. 5. in fine C. de auctoritate praestanda: „ut quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.“ welche sich aber bloß auf mehrere solidarisch bestellte Vormünder bezieht. Daher ist auch die Wiederholung dieses Rechtssatzes in cap. 29. de reg. juris in 6to nicht mit Gemeinheiten in Beziehung zu bringen, sondern dabei nur das Verhältniß mehrerer Interessenten bei einerlei Gegenstand unterzulegen. In gleicher Beziehung spricht l. 28. ff. communi dividundo: „in re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero, posse — in re pari potiorem causam esse prohibentis constat.“ welcher letztere Satz auch in l. 27. ff. de S. P. U. l. 11. ff. de S. P. R. und in cap. 56. de reg. jur. in 6tonur von Miteigenthümern verstanden wird und aus der allgemeinen Regel resultirt: daß Niemand wider seinen Willen ein Recht verlieren oder daran verkürzt werden soll. l. 11. ff. de reg. jur. l. 8. de aqua et aquae pluviae. l. 74. ff. de reg. jur. „non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.“

Für eigentliche Gemeinheits-Angelegenheiten aber giebt die Natur einer Gemeinheit und die Heiligkeit der durch ihre bisherige Rechtsverfassung erlangten Gerechtsame einzelner Glieder derselben drei Fälle an die Hand, wo der Beschluß der Mehrheit nicht gültig ist, sondern die Einwilligung aller oder derjenigen Gemeinheitsglieder, deren verfassungsmäßige Rechte an dem Gemeinwesen vermindert oder aufgehoben werden sollen, hinzukommen muß. Nämlich:

1) wenn die allgemeine Verfassung der Gemeinheit, die alle Glieder derselben berührt, dergestalt abgeändert werden soll, daß

a) die Gemeinheitsglieder neue Verpflichtungen und Lasten, deren Grund nicht in dem bisher bestandenen Gemeinheits-Verhältnisse lag, übernehmen sollen, ob man sie schon zum Besten der ganzen Gemeinheit verwenden will, z. B. zum Ankauf eines Busches für die ganze Gemeinde, oder zur Erbauung eines Krankenhauses, dafern selbiges für die der Gemeinheit obliegende Verpflegung armer Kranken nicht nöthig ist. Da eine solche neue Verpflichtung nicht in dem bisherigen Gemeinheits-Verbande gegründet war, so ist sie keine Gemeinde-Sache und die Gesetze über Gültigkeit der durch die Mehrheit gefaßten Gemeinheitsbeschlüsse, als welche allenthalben solche Gegenstände voraussetzen, die aus dem bereits bestehenden Gemeinheits-Verhältnisse fließen und zu zweckmäßiger Fortstellung dieses Verhältnisses gehören, sind auf diesen Fall nicht anwendbar. Vielmehr bedarf es zur Uebernahme einer solchen Verpflichtung der Einwilligung sämmtlicher Gemeinheitsglieder[15]). Erst nachdem diese erfolgt ist, nimmt dieser Gegenstand die Natur einer Gemeinheitssache an und tritt unter die Mittel ein, wodurch der fortdauernde Zweck der ganzen Gemeinheit befördert werden soll, so daß die künftigen Beschlüsse darüber auch von der bloßen Mehrheit der Gemeindeglieder ausgehen können[16]). Denn, sollte auch vor dem Gemeinheitsbeschlusse kein Bedürfniß einer solchen neuen Anstalt vorgelegen haben, so ist diese doch

---

15) Gaudlitz, Diss. cit. pag. 88. Damit stimmt auch das Preuß. Allgem. Landrecht. Th. II. Tit. VI. §. 64. überein, ingleichen das Erkenntniß des Königlich Sächs. Appellationsgerichts in S. Joh. Heinr. Leop. Schmidt's ÷ die Häusler zu Seyfertmühle. 1800. II. B. Nr. 121.

16) Ist der Zweck einer solchen Verpflichtung nur temporär oder nur auf einen einzelnen Fall beschränkt, so gehört sie nicht unter die Kategorie der Gemeinheits-Angelegenheiten, sollten auch sämmtliche Gemeinheitsglieder selbige übernommen haben, sondern macht nur ein Gesellschaftsgeschäft aus, z. B. ein gemeinschaftlicher Ankauf von Brennhölzern.

durch den Beschluß selbst zu einem Gemeinheits-Gegenstand erhoben worden.

b) Bezweckt der Gemeinheitsbeschluß die Aufhebung solcher Gemeinheits-Vortheile, deren Genuß bisher allen einzelnen Gliedern zukam, welche aber nun für einen Zweck der Gesammtheit verwendet werden sollen, z. B. Verkauf der Gemeinde-Weideplätze, worauf bisher die einzelnen Gemeindeglieder ihr Vieh weiden ließen, zum Behuf eines neuzuerbauenden Hospitals oder Feuerspritzenhauses, so kann auch diese Veränderung des Communwesens nur mit Einwilligung sämmtlicher Gemeinheitsglieder zu Stande gebracht werden und man darf die bisher den einzelnen Gliedern auf den Genuß der Nutzungen von dem Gemeindevermögen zugestandenen Rechte ihnen wider ihren Willen nicht entziehen [17]).

Anders verhält es sich mit einer bloßen Erhöhung der für bisher bestandene Gemeinheitszwecke nöthigen Leistungen und Beiträge. Da diese zur bloßen Fortstellung des Gemeinheitsverbandes gehören und aus selbigem fließen, so ist ein Beschluß der Mehrheit darüber, sofern nur die Erhöhung nach dem verfassungsmäßigen Vertheilungsfuß eingerichtet wird, auch für die Minorität für verbindlich zu achten, z. B. über Erhöhung des Gehaltes einzelner Communbeamten durch Beiträge der Gemeinheitsglieder [18]).

2) Soll durch einen Gemeinheits-Schluß eine specielle Branche der Gemeinheits-Verfassung abgeändert werden, woraus bloß gewisse Communglieder oder eine gewisse Classe derselben bisher rechtmäßige Vortheile bezogen, die ihnen jetzt zum Besten der Gesammtheit gemindert oder entzogen werden sollen, so ist zur Gültigkeit eines solchen Schlusses die Mehrheit der Stimmen ebenfalls nicht ausreichend, wenn nicht darunter sich bereits der Beitritt der dadurch beeinträchtigten Interessenten befindet, sondern es bedarf dazu, auffer jener Mehrheit, noch der Zustimmung dieser betheiligten Communglieder, obschon die übrige Minorität alsdann kein Widerspruchsrecht hat [19]). Gilt es jedoch bloß die Aufhebung oder

---

17) Gaudlitz, Diss. cit. pag. 23. sqq. pag. 43. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

18) Vergl. Preuß. Allgem. Landrecht. Th. II. Tit. VI. §. 64 und 96. — Weber's systemat. Darstellung des im Königreiche Sachsen geltenden Kirchenrechts. Th. II. Abtheil. II. S. 705. Not. 24. Daß auch eine bloße Veränderung der Benutzungsart der Commungüter durch die Mehrheit gültig festgesetzt werde, hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht angenommen in S. Reichart's ⁄⁄ den von Bodenhausen. 1807. II. B. 47. — Rohrbeck's ⁄⁄ Geißlern u. Cons. 1809. I. A. 106. ferner 1811. I. B. 159. — 1814. I. C. 13. — 1820. II. B. 93.

19) Ueberhaupt stimmen damit überein: Berger, Oec. jur. lib.

Verminderung des Gehaltes einzelner Communbeamter, welche erst nach dem Abgang der jetzt angestellten eintreten soll, so ist der Beschluß der Mehrheit darüber entscheidend.

3) Sowie die gänzliche Aufhebung des Gemeinheitsverhältnisses, sofern die Gemeinheit nicht zugleich eine Staatsbehörde ist, deren Fortdauer auf dem Willen der höchsten Staatsgewalt beruht, nur durch Einwilligung aller Glieder gültig beschlossen werden kann, weil die Gesetze die Fortstellung der Gemeinheit durch ein einziges darin beharrendes Mitglied zulassen (universitas per unum continuatur) [20]), sowie also da, wo der ganze Zweck einer Gemeinheit von dem Besitze eines gewissen Gemeinheitseigenthums abhängt, z. B. die kirchliche Gemeinheit von dem Besitze einer gemeinschaftlichen Kirche, oder einer Bergwerks-Gemeinheit, die Veräußerung dieses Communeigenthums, weil sich damit die Gemeinheit von selbst auflöset, ebenfalls nur mit Beistimmung sämmtlicher Gemeinheitsglieder vorgenommen werden darf: so läßt sich die Gesammt-Einwilligung auch für den Fall nicht ableugnen: wo ein Theil des Gemeinheits-Eigenthums, welches zu Bestreitung der Bedürfnisse der Gesammtheit mit diente, dergestalt veräußert werden soll, daß es entweder in Natur unter die Communglieder vertheilt und deren Privateigenthum werde, oder daß das Veräußerungs-Aequivalent unter die Communglieder ausgetheilt werde. Eine solche Veräußerung mindert nämlich die Mittel zu Beförderung des Gemeinheitszwecks, beschränkt also diesen Zweck selbst und enthält in soweit eine partielle Aufhebung der Gemeinheit, von welcher dieselben Bedingungen gelten müssen, unter welchen lediglich selbst eine Total-Auflösung zulässig ist. Das rechtliche Interesse, welches Einzelne berechtigt, der gänzlichen Aufhebung der Gemeinheit zu widersprechen, ist dasselbe, wenn es sich auch nur um theilweise Aufhebung des Gemeinheits-Zwecks handelt. Ohnehin bedürfte es, wenn das veräußerte, bisher zu Deckung der Communbedürfnisse dienende Communvermögen durch neue Communanlagen ersetzt werden soll, dazu wiederum und schon an sich der Bewilligung sämmtlicher Communglieder (Vergl. oben Nro. 1. [21]). Dieser

---

III. Tit. V. thes. 32. p. 521. Westphal. Tract. de jure singulor. Halae. 1757. Hommel, rhaps. 187. Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichts in S. Joh. Heinr. Leop. Schmidt's ÷ die Häusler zu Seyfertsmühle. 1800. II. B. Nr. 121.

20) l. 7. §. ult quod. cujusque universitatis nomine. l. 85. de verb. signif. Preuß. Allgem. Landrecht. Th. II. Tit. VI. §. 177.

21) Vergl. Gaudlitz, l. c. p. 86. Zachariae, l. c. pag. 69. 70 et 78. — Das Churſächsische Rescript vom 9. Juni 1789, welches die Vertheilung der Commun-Huthungsplätze vermöge bloßer

Fall ist jedoch sowohl von einer solchen Veräußerung zu unterscheiden, wo das Veräußerungs-Aequivalent zum Besten des Gemeinheitszwecks verwendet werden soll[22]), als von einer bloßen Veränderung in Verwendung der Nutzungen und Revenuen, sofern anstatt des einen bloß auf das Ganze sich beziehenden Zwecks ein anderer auch nur der Gesammtheit dienender gewählt wird, als in welchen letztern Fällen die Regel der Stimmen-Mehrheit in Kraft bleibt. — Diesen Unterschied zwischen Veräußerungen des Communeigenthums zum Besten des Gemeinheitszwecks oder zur Bereicherung der Communglieder haben mehrere Rechtslehrer übersehen[23]). Daß man bei Beurtheilung dieser Verhältnisse nicht von einem Miteigenthum der Communglieder an dem Communvermögen ausgehen dürfe, ist durch klare Gesetze bestimmt[24]). Von der

---

Stimmen-Mehrheit gestattet, stellt sich als Ausnahme von der Regel für den Fall dar, wo die Communglieder bisher in die Communcasse einen Huthungszins zu entrichten hatten. — Man vergleiche noch über Vertheilung der Communplätze: Hildburghäuser General-Rescript vom 13. März 1804. und vom 15. Mai 1811, ingleichen Coburg. Reglement v. 5. Juni 1809.

22) Nur von diesem spricht l. 3. C. de vendend. reb. civitat. wornach die Mehrheit der Stadteingesessenen die Veräußerung der Stadtgüter beschließen kann, und setzt eine zum Besten der Stadt als fortdauernder Gemeinheit beschlossene Veräusserung voraus. Ein Gleiches gilt von der in Nov. 120. cap. 6. §. 1 et 2. erwähnten auf dem Beschlusse der Mehrheit beruhenden Veräußerung von Kirchen- und Klostergütern, die zu dem Besten dieser Gemeinheiten gereicht. Vergl. Gaudlitz, l. c. pag. 43. in fine.

23) Nämlich Krüll, Prüfung einzelner Theile des bürgerlichen Rechts. Fasc. II. Landshut. 1803. Nro. 1. Gönner, über Cultur und Vertheilung der Gemeindeweiden in rechtlicher und staatswirthschaftlicher Hinsicht. Landshut 1803. Von Berg, Handbuch des teutschen Polizeirechts. Band III. Cap. 9. Seite 1. Tit. III. Seite 272. Ferner der Recensent der angeführten Krüll'schen Schrift in der Leipziger Literatur. Zeit. vom Jahr 1804. Seite 33, welcher zu Veräußerungen des Commun-Eigenthums überhaupt die Einwilligung aller Gemeinheitsglieder erfordert, ingleichen der Recensent der angeführten Gönner'schen Schrift in der Jenaischen Literat. Zeit. vom J. 1804. Nro. 241, welcher bei allen Gemeinheitsbeschlüssen auch über Veräußerungen und Theilungen des Commun-Eigenthums die Mehrheit der Stimmen entscheiden läßt. Gaudlitz in Diss. cit. pag. 44. c. 54. stellt die Entscheidung der Frage: ob Commun-Eigenthum getheilt werden soll, auf die Mehrheit der Stimmen, hingegen über die Frage wegen des Theilungsfußes erfordert er pag. 58. nach gemeinem Recht Einstimmigkeit aller Communglieder oder Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze.

24) l. 6. §. 1. ff. de divis. rer. l. 7. §. 1. ff. quod cujusque universit. nom. l. 1. §. 15. ff. ad SCtum Trebell. Runde, a. O §. 12 und 13. Daher können einzelne Communglieder nicht auf

oben vorausgesetzten Vertheilung solchen Commun-Vermögens, woraus bisher Communbedürfnisse mit bestritten worden, ist aber die Vertheilung solchen Communvermögens verschieden, dessen Ertrag bisher auf keine Weise für den Zweck der Gesammtheit verwendet wurde, sondern lediglich den einzelnen, jedoch allen Commungliedern durch deren unmittelbare gemeinschaftliche oder isolirte Benutzung zufloß[25]). So sehr auch für dieses Verhältniß sich der Zweck einer Gemeinheit verliert, welcher eine Dringlichkeit des Zusammentritts mehrerer zu seiner Beförderung in sich trägt, so hat man doch, so lange die positiven Gesetze dieses zufällige Gesammteigenthum der Communglieder nicht aus dem Gebiet der Gemeinheitsverhältnisse hinausgewiesen haben, selbiges noch als eine Branche der letztern anzusehen. Desungeachtet fällt, wenn die Vertheilung dieses Communvermögens beschlossen werden soll, der oben im entgegengesetzten Falle angegebene, von dem Festhalten an dem Gemeinheitszwecke entlehnte Grund weg, warum man auch diese Vertheilung an die Einwilligung aller Communglieder binden wollte, vielmehr ist selbige unter die Regel zu stellen, wonach Gemeinheitsbeschlüsse von der Mehrheit gefaßt werden[26]). Im

---

Theilung des Gemeinheitsvermögens dringen und keine ratam desselben ansprechen, wogegen sie aber auch nicht verbunden sind, die Communschulden aus eigenen Mitteln zu bezahlen, am wenigsten nach ihrem Austritt aus der Gemeinheit, dafern sie nicht besondere Gründe dafür verbindlich machen.

25) Hat nur eine gewisse Zahl Ortseinwohner von jeher gewisse Landesstriche in gemeinschaftlicher ausschließlicher Benutzung gehabt, ohne daß der Ortsgemeinheit daraus ein Vortheil zugeflossen wäre, z. B. ein Weidezins in die Gemeindekasse, und ohne daß ein Beweis des Eigenthums der Ortsgemeine an diesen Plätzen vorläge. — Vergl. **Heineccii elementa juris Germanici. l. II. Tit. I. §. 9. p. 370. §. 24. pag. 384.** — so steht sie in diesem Verhältnisse gar nicht als eine Gemeinheit da, sondern nur als eine Güter-Gesellschaft, worunter jeder Einzelne als Miteigenthümer ohnehin auf Theilung provociren kann, die dann der Richter nach Proportion der bisherigen Benutzung, durch die Einzelnen regulirt. Uebrigens unterscheidet sich dieses Verhältniß von selbst von dem einer Koppelhuthung, die auf den in ausschließlichem Privateigenthum Einzelner befindlichen Grundstücken ausgeübt wird. Indeß stellt das Churſächs. Rescript vom 9. Juni 1789 und das Königl. Sächsische Gesetz über Ablösungen und Gemeinheitstheilungen vom 17. März 1832, §. 113—115. §. 118, auch die Aufhebung und Vertheilung der Koppelhuthung, dafern solche nicht als Gesellschaftsrecht, sondern als Servitut bestand, unter das Princip der Stimmen-Mehrheit.

26) Vergl. **Hommel, rhaps. 187. num. 5. Zachariae, pag. 91 et 92.** Thibaut, Civilist. Abhandlungen. Nro. 18. S. 388 u. f. **Gaudlitz, pag. 44. §. 2.** Churſächs. Rescript vom

Königreiche aber steht die Vertheilung der ländlichen Grundstücke, welche Stadt- oder Dorfgemeinden gehören und von den einzelnen Gemeindegliedern unmittelbar benutzt wurden, unter den Vorschrif-

---

9. Juni 1789, und Erkenntniß des Königlich Sächsischen Appellationsgerichts in S. Gerschler's ÷ Christoph Irmschlern, Fürchtegott Löwen und Cons. 1825. I. A. 67 und 1828. II. B. 30. Servituten-Rechte dritter Personen, welche nicht Gemeinheitsglieder sind, dauern selbst nach der Theilung fort, sofern sich die Gemeinheit nicht besonders mit den Inhabern jener Servituten über deren Aufhebung vereinigt. Gaudlitz l. c. pag. 60, ob er schon für den oben ausgehobenen Fall die Theilung vermöge Stimmen-Mehrheit gelten läßt, will doch nicht ein solches dissentirendes Gemeindeglied daran gebunden achten, dem aus der Theilung, wodurch es einen nach proportionirlicher Größe seines bisherigen Nutzungsbefugnisses berechneten Antheil erhalten soll, ein besonderer Nachtheil erwachsen würde, welcher durch jene Zutheilung nicht ausgeglichen werden könnte, z. B. wenn durch eine Theilung der Commun-Huthungsplätze der auf dem Viehstande beruhende Nahrungszweig eines Commungliedes vermindert oder vernichtet würde — wobei sich Gaudlitz auf **Crellii Diss. de communione necessaria et indissolubili. Viteb. 1651. §. 5.** bezieht. Allein, so wie eine Vernichtung des Viehstandes in dem angeführten Beispiel gar nicht, eine Verminderung desselben aber bei der vorausgesetzten Zutheilung nach dem bisherigen Umfange seines Huthungsbedürfnisses kaum denkbar ist, so kann auch die besondere Bestimmung der Nutzungsantheile an Communvermögen zu Zwekken, welche den einzelnen Commungliedern vorzügliche Vortheile bringen, letztere nicht berechtigen, von der Commun deshalb einen größern Antheil bei der Vertheilung zu verlangen und die gemeine Basis des Vertheilungsfußes zu durchlöchern, oder gar die ganze Vertheilung zu hindern. Wenn z. B. ein Communglied seinen Antheil am jährlichen Obstertrage aus einer Communpflanzung an Jemand auf mehrere Jahre unter vortheilhaften Bedingungen abgetreten hätte und vor Ablauf der Pachtzeit die Vertheilung der ganzen Pflanzung von der Mehrheit der Communglieder beschlossen würde, so hat jenes Communglied in der That kein Recht, aus diesem Pachtverhältniß, welches die Commun nichts angeht und welches durch die Theilung sein Object verliert, einen Anspruch auf das Interesse gegen die Commun abzuleiten oder der Vertheilung der Commun-Obstpflanzung selbst zu widersprechen, weil etwa auf dem ihm zuzutheilenden Stücke nicht alle diejenigen Obstsorten wachsen, welche ihm bei der jährlichen Vertheilung des Gemeinde-Obstes zugekommen wären und worauf der Cessionar gerechnet hätte. Vielmehr blieb das gesetzliche Verhältniß jenes Commungliedes zur ganzen Gemeinheit, wonach es sich für den angegebenen Gegenstand dem Beschlusse der Mehrheit zu unterwerfen hatte, unverändert und dessen einseitige Verfügungen geben keinen Grund ab, ihm vor den andern Commungliedern bei der Theilung Vorzüge einzuräumen. — Uebrigens wäre es unzulässig, für Begründung des oben im Texte aufgestellten Hauptsatzes sich auf das Beispiel der Stimmen-Mehrheit in dem Königl. Sächs. Mandate, die Wald-Nebennutzungen betreffend, vom 30. Juli 1813. §. 17. zu beziehen, als welches ganz singulär ist.

ten über Gemeinheitstheilungen [27]). Wo hingegen gewisses Communvermögen, dessen jährlicher Ertrag unter sämmtliche Communglieder vertheilt wurde, durch Gemeinheitsbeamte verwaltet worden ist, da enthält schon der Administrations-Aufwand eine von der Gesammtheit zu tragende Ausgabe, so wie die Commun-Administration selbst Zweck der Gesammtheit ist. Eine Aufhebung dieser Verwaltung und Vertheilung dieses Communvermögens kann daher nur mit Zustimmung sämmtlicher Communglieder beschlossen werden [28]).

Die abweichenden Ansichten, welche von Bülow und Hagemann in ihren praktischen Erörterungen, Bd. III. Nro. XXV. S. 169, über die Stimmen-Mehrheit bei Gemeinheitsbeschlüssen aufstellen, sind eben so schwankend an sich, als ungegründet. Sie unterscheiden nämlich Angelegenheiten, welche das allgemeine Interesse aller und jeder Gemeindeglieder als solcher betreffen, von denen, die die ganze Gemeinde als solche angehen (?). Zu erstern erfodern sie einstimmigen Beschluß aller Communglieder, zu letztern den Beschluß der Mehrheit von $\frac{2}{3}$ Theilen anwesender Gemeindeglieder, vorausgesetzt, daß sämmtliche Glieder ordnungsmäßig zusammenberufen worden sind. Allein die Unterscheidung jener beiden Arten Gemeinheitssachen ist weder an sich grenzbestimmend, noch durch die dazu gegebenen Beispiele erläutert oder bestätigt. Denn die zu ersterer Art gerechneten Veräußerungen und Theilungen der Gemeindegüter oder Veränderungen ihrer Benutzungsart betreffen in der That die ganze Gemeinheit als solche, wie denn auch dasjenige, was die ganze Gemeinheit als solche berührt, nothwendig in das Interesse aller Gemeinheitsglieder als solcher eingreift, so daß den unterschiedenen beiden Arten Gemeinheitssachen das charakteristische Merkmal abgeht. Zu der letztern Art rechnet man dort schlechthin die Gemeinheits-Prozesse, da doch aus der Form der dafür errichteten Syndikate sich nicht auf einen inneren Unterschied der Gemeinheitsstreitigkeiten selbst schließen läßt; ferner Dienste an die Königl. Kammer oder an die von Adel, welche doch offenbar nicht eigentliche Gemeindelasten sind, sondern Obliegenheiten der einzelnen Grundstücke oder Personen als Einwohner und Gerichtsgehöriger gegen dritte Personen. Wollte man aber auch annehmen, daß jene Rechtslehrer eigentlich den

---

27) Gesetz vom 17. März 1832. §. 132. u. f. Gesetzsamml. S. 202.

28) Bei gewissen Gemeinheits-Gegenständen liegt eine Veranlassung zu deren Vertheilung an sich nicht vor, weil alle Communglieder von selbst hinreichenden Genuß daran haben, z. B. Gemeinde-Bäche, Flüsse und Brunnen, oder sie sind an sich untheilbar, z. B. Gemeinde-Wege. Gaudlitz, pag. 57.

Unterschied zwischen Gemeinheitssachen, woraus jedes einzelne Communglied unmittelbar Vortheile. bezieht oder belastet wird, und zwischen solchen, welche bloß dem Zwecke der Gesammtheit dienen, vor Augen gehabt hätten, z. B. die zu ersterer Art gehörigen Gemeinde-Weideplätze, welche von allen Gliedern benutzt worden, und die zu letzterer Art gehörigen Gemeinde-Häuser, Spitäler, so rechtfertigt sich zwar das bei ersterer Art angenommene Erforderniß allgemeiner Zustimmung der Communglieder in Veränderungen, welche hinsichtlich dieser Gemeinheitsangelegenheiten beschlossen werden sollen (vergl. oben Num. 1. a u. b.); nicht aber die von jenen Rechtslehrern bei letzterer Art behauptete Beschränkung der Stimmen-Mehrheit, welche bei einer bloß zu $\frac{2}{3}$ Theilen anwesenden Versammlung hervorgetreten ist und welche jene Rechtslehrer lediglich auf die römischen Gesetze über die Beschlüsse der Decurionen-Collegien gründen, deren Ausdehnung auf andere Gemeinheiten gleichwohl, wie oben gezeigt worden, eben so unzulässig an sich, als bei der Existenz allgemeiner Gesetze über Gemeinheitsschlüsse überflüssig ist.

So viel die Art der Berechnung der meisten Stimmen betrifft, so treffen die Rechtslehrer darin überein: daß die Mehrheit der Stimmen nach der Zahl der Personen zu berechnen sei, woraus die ganze Gemeinheit besteht, oder, soweit nach Partikular-Rechten bei gewissen Gemeinde-Angelegenheiten schon die Mehrheit von $\frac{2}{3}$ Theilen versammelter Communglieder hinreicht, nach der Zahl sämmtlicher anwesender Glieder[29]). Diese Stimmen-Mehrheit nennt man die absolute, im Gegensatz der relativen, welche bei einer Verschiedenheit der Vorschläge der stimmenden Glieder für den einen Vorschlag als Mehrheit ausfällt, in Vergleichung mit der Zahl der für andere Vorschläge sich erklärten Stimmen. Allein jene absolute Stimmen-Mehrheit läßt sich der Natur der

---

29) Boehmer, J. E. P. lib. I. Tit. VI. §. 56. Schnaubert, Grundsätze des Kirchenrechts der Protestanten. 2te Aufl. Jena, 1795. §. 333. Glück, Erläuter. der Pandekten. §. 408. — Das Königl. Sächsische Huthungs-Mandat vom 4. October 1828. §. 25, welches für einen Beschluß zu Urbarmachung von Commun-Lehden wenigstens die Einstimmigkeit von $\frac{2}{3}$ Theilen Communglieder erfodert und diese Stimmenzahl bei Dorfgemeinden nicht nach den Köpfen, sondern nach der Größe ihrer Besitzungen bestimmt, dergestalt, daß 4 Gärtner- oder 8 Häusler-Nahrungen einer Hufe gleich zu achten sind, leidet als Ausnahme von der Regel: die Stimmen nach der Personen-Zahl zu berechnen, keine Ausdehnung auf andere Fälle. Jene Regel hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht anerkannt in S. der Gärtner und Häusler zu Nieder-Collmnitz ÷. die Hüfner daselbst 1820, II. B. 93; ingleichen in S. Samuel Gerschler's ÷ Christoph Irmschlern, Fürchtegott Löwen und Cons. 1825. I. A. Nr. 67. 1828 II. B. Nr. 30,

Sache nach nur bei solchen Gemeinheits-Angelegenheiten festhalten, wo, wenn zu einer absoluten Stimmen-Mehrheit nicht zu gelangen ist, das Geschäft der Berathung ganz unterbleiben kann, z. B. der Vorschlag einer freiwilligen Veräußerung von gewissem Communvermögen, oder Veränderung der Benutzungsart. Dagegen kommen aber auch solche Angelegenheiten der Gemeinheiten vor, deren Ausführung das Wesen der Gemeinheit schlechterdings erfodert und wo nur über die Art und Weise der Ausführung, dafern sie nicht gesetzlich bestimmt ist, eine Abstimmung sich nöthig macht, z. B. über die Frage: ob neuerworbene Gemeindegrundstücke und Rechte in bloße Verwaltung genommen oder in Zeit- oder Erb-Pacht ausgethan werden sollen? Ob, wenn die Commun zu einem Proceß eines Syndikus bedarf und Alle oder die Mehrheit entschlossen sind, einen Syndikus zu bestellen, ohne daß eine absolute Mehrheit sich für die Wahl eines gewissen Individuums entschieden hätte, das eine oder andere von verschiedenen Abtheilungen der Gemeindeglieder dazu vorgeschlagene Subject zu bestellen sei? Ob, wenn eine Commun ihre Beamten selbst zu wählen hat und verschiedene Theile der Gemeinheitsglieder verschiedene Subjecte dazu vorschlagen, ohne daß eines derselben gerade eine absolute Stimmen-Mehrheit für sich hätte, der oder jener zu wählen sei? — Für Fälle dieser Art reicht der Rechtssatz: daß im Mangel einer absoluten Stimmen-Mehrheit keiner der mehrern Vorschläge gültig sei, offenbar nicht aus[30]), vielmehr muß man hier nach der Natur der Sache, damit nicht die Fortführung des Communwesens dießfalls in's Stocken gerathe, den Beschluß auch der bloß relativen Stimmen-Mehrheit für gültig ansehen, mithin demjenigen Vorschlage den Vorzug einräumen, welcher vor den übrigen Vorschlägen die mehrern Stimmen für sich hat. Sollte aber bei der Abstimmung nicht einmal eine relative Mehrheit der Stimmen sich ergeben, sondern mehrere Vorschläge auf gleicher Stimmenzahl beruhen, und die Mehrheit über einen andern Ausweg, z. B. über Entscheidung durch das Loos, sich nicht einigen können, so bleibt

---

30) Auf diese Fälle passen auch nicht die für obigen Rechtssatz von Glück, a. O. §. 408. Note 20. angeführten Stellen des canonischen Rechts, welche von einer ermangelnden absoluten Stimmen-Mehrheit bei einer kirchlichen Provision ausgehen, wo aber die Nichtigkeit der Vorschläge durch Ausübung des juris devolutionis ersetzt wird. Geo. Ludw. Boehmer, principia juris canonici. §. 519. jct. §. 487 et 489 not. d. — Doch ist bisweilen durch Partikular-Gesetze auch bei Gemeinheits-Beamten eine Frist, zu deren Wahl durch die Gemeinheit bestimmt, nach deren Versäumniß die höhere Behörde das Collationsrecht anstatt der Commun ausübt.

nichts übrig, als die Bestimmung durch die höhere Behörde[31]). Dieser letztere Nothfall tritt auch ein, wenn die Mehrheit der Communglieder ihre Stimmen, mehrfacher Aufforderung ungeachtet, gar nicht abgiebt, oder wenn sie in der dazu angesetzten Versammlung sich nicht einfinden, dafern nicht nach der eigenthümlichen Verfassung einer Gemeinheit solchenfalls die schweigenden Mitglieder für einwilligend in das, was die Mehrheit der Abstimmenden beschließt, geachtet werden.

Ist die Gesammtheit der Communglieder über Vertheilung des Commun-Vermögens oder gewisser Gegenstände desselben, z. B. der Gemeindeweideplätze, unter die Communglieder zu deren ausschließlicher Disposition einig, ohne sich jedoch über den Vertheilungsfuß vereinigen zu können, so kommt es darauf an, ob der Vertheilungsgegenstand nach der bisherigen Verfassung oder Observanz der Commun von allen einzelnen Commungliedern genutzt und dessen Ertrag unter selbige vertheilt wurde, oder ob der Ertrag dem Zwecke der Gesammtheit zufloß. Im letztern Falle rechtfertigt sich die Vertheilung nach Kopftheilen von selbst durch das gleiche Verhältniß, in welchem die Gemeinheitsglieder zu der Commun stehen. Im erstern Falle aber ist zu unterscheiden, ob die Communglieder das Vertheilungs-Object nach gleicher oder ungleicher Proportion benutzt haben, und die Vertheilung erstern Falles nach Kopftheilen zu machen, letztern Falles aber nach der verschiedenen Quantität, nach welcher jedes Communglied bisher an der Benutzung des ganzen Objects Theil gehabt hat, z. B. bei den Commun-Huthungsplätzen nach Anzahl der Viehsorte, welche jeder darauf gehütet hat und welche im Zweifelsfall auf diejenige Zahl festzustellen ist, die er mit dem auf seinem Grundstücke erbaueten Futter den Winter hindurch zu ernähren vermochte[32]).

---

31) Vergl. Preuß. Allgem. Landrecht. Th. II. Tit. 6. §. 63.

32) Gaudlitz, Diss. cit. pag. 40 et 59, Vergl Runde, a. O. §. 20. 21. 23. 24. u. 31. — Abweichend urtheilt der Recensent in der Jenaischen allgem. Liter. Zeit. vom. J. 1804. Nr. 251. S. 54. u. 55, welcher nur die Vertheilung des Commun-Vermögens nach Kopftheilen für rechtlich begründet ansieht und die vor der Theilung bestehenden Nutzungsrechte einzelner Gemeindeglieder fortdauern lassen will. Allein sofern diese Nutzungsrechte nicht bloß in einzelnen Vortheilen bestehen, sondern den ganzen Nutzen der Sache erschöpfen, würden sie durch ihre Fortdauer eine Theilung der Proprietät von selbst unnütz machen; der Theilungsfuß selbst aber, sofern er auf die proportionirliche frühere Benutzung des Objects durch die Gemeinheitsglieder basirt wird, setzt ohnehin voraus, daß die einzelnen Communglieder ein unwiderrufliches (nicht precäres) Benutzungsrecht erworben hatten, nämlich entweder durch gültigen Gemeinheitsschluß, oder durch Observanz. Für letztere, oder auch für stillschweigende Bewilligung der Ge-

B. Ueber die Art und Weise der Abstimmung der Gemeinheitsglieder.

Diejenigen Rechtslehrer, welche die römischen Vorschriften über Beschlüsse der Decurionen-Collegien auch auf andere Gemeinheiten ausdehnen und noch für unsere Zeit anwendbar achten (vergl. oben Note 3.), erfodern in dieser Consequenz zugleich, daß die Gegenstände der Beschlüsse in einer Versammlung der Gemeinheitsglieder an dem gewöhnlichen Versammlungsorte vorgetragen werden, wozu, wenn die Versammlung nicht eine stehende, schon nach der Verfassung an gewissen Tagen zu besuchende sei, alle Communglieder mit Anzeige des Gegenstandes ordnungsmäßig einzuberufen wären. Allein mit obiger Widerlegung der Anwendbarkeit jener römischen Verfassungsgesetze auf unsere heutigen Gemeinheiten fällt die daraus abgeleitete absolute Nothwendigkeit einer Versammlung der Commun an dem gewöhnlichen Orte der Zusammenkünfte von selbst weg, obgleich dieses Erforderniß aus der besondern

---

meindeglieder kann aber eine bloß factische gemeinschaftliche Benutzung des Gemeinde-Eigenthums nicht angesehen werden, so lange noch nicht die zu einer Observanz (Gewohnheit) erfoderliche Zeit abgelaufen ist. Nur die bisherige Benutzung selbst ist hierbei stillschweigend von der Commun bewilligt, ohne daß dadurch ein Recht auch für die Zukunft erworben wäre. Vergl. l. 33. §. 1. ff. de servitutib. Meine Theorie der Verjährung. §. 160. Note 767. Erkenntniß des Königlich Sächs. Appellationsgerichts in S. Weber's u. Cons. ÷ Carl Adolph von Carlowitz u. Cons. 1818. I. B. Nr. 89. Anderer Meinung ist Gaudlitz, pag. 40. Ueberhaupt sind hinsichtlich der Hauptfrage verschiedener Meinung: Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 221. Zachariae, l. c. pag. 72. — Auch das Preußische Recht nimmt bei Gemeinheitstheilungen auf die vorher den einzelnen Commungliedern zustehenden Nutzungsrechte Rücksicht. Allgem. Landrecht, Th. I. Tit. XVII. §. 338. u. 339. Preuß. Edict vom 14. Septbr. 1811. §. 11, 13 u. 16. (Gesetzsamml. von diesem J. Nr. 53.) — Das Königl. Sächs. Gesetz vom 17. März 1832. §. 152 — 154. schreibt Theilung solcher Commun-Grundstücke pro rata der bisherigen rechtsbegründeten Benutzung der einzelnen Communglieder vor, oder wo ein solcher Maaßstab nicht fest steht, nach Zahl der Baustellen, dafern die Communglieder lediglich oder größtentheils walzende Grundstücke besitzen, ausserdem nach der Größe des mit der Baustelle verbundenen pflugbaren oder Graslandes, oder wenn die Größe der Länderei bei der bisherigen Benutzung ohne Einfluß war, nach Zahl der Baustellen. Hierbei ist der §. 155 in Verbindung mit §. 153 („Ortsgewohnheit") dahin zu erklären: daß bloß eine noch nicht vollendete Adquisitiv-Verjährung eines Mehrbetrages der Nutzung oder eine noch nicht abgelaufene Extinctiv-Verjährung eines Minderbetrags ohne Einfluß bleiben soll. Denn das in §. 155 gebrauchte Wort: „seither" ist nicht gleichbedeutend mit dem Worte: „jeher", welches die Verjährungszeit umfaßt.

Verfassung einzelner heut zu Tage bestehender Gemeinheiten, vornehmlich der eine Staatsbehörde bildenden, oder aus Particulargesetzen, oder aus dem Befugnisse jedes Commungliedes, zum Behuf der Abstimmung auf eine Versammlung der Commun anzutragen (welches weiter unten begründet wird) resultiren kann. Bei dem Mangel allgemeiner Vorschriften über die Art der Abstimmung in Gemeinheiten hat man sich überhaupt nur an das durch die Gesetze und die Natur der Sache gegebene Wesentliche der Gemeinheitsschlüsse zu halten. Dieses besteht:

1) in der Befragung aller Communglieder um ihre Meinung über den vollständig vorgetragenen Vorschlag, und

2) in richtiger Erklärung aller Communglieder darüber, soweit sich selbige nicht an der dazu auf gültige Weise unter einem Präjudiz gesetzten Frist oder an dem angesetzten Versammlungstage versäumt haben. Hieraus muß sich

3) der Beifall der Mehrheit oder die Einstimmigkeit für den Vorschlag ergeben, je nachdem erstere oder letztere in dem vorliegenden Falle gesetzlich erfodert wird.

Die erstern beiden Erfordernisse folgen von selbst aus dem Rechte der Communglieder, über Veränderungen in dem Communwesen ihre Stimme abzugeben und von den Stimmen der übrigen in Kenntniß gesetzt zu werden. Beide sind um so gerechter, als das Gutachten einzelner Dissentienten oft mit so starken Gründen unterstützt wird, daß es die Mehrheit für sich gewinnt. Daher muß es auch, so lange nicht alle Communglieder um ihre Meinung befragt, oder so lange nicht die Stimmen sämmtlich abgegeben worden sind und die dazu gesetzte Frist nicht verstrichen ist, denen die bereits abgestimmt haben, frei stehen, ihre Abstimmung zu widerrufen und späteren Stimmen anderer beizutreten. Aus dem Befugnisse der einzelnen Mitglieder, von den Stimmen der übrigen Communglieder und den Motiven dazu unterrichtet zu werden, um ihre eigenen Entschlüsse danach zum Besten der Gemeinheit zu bestimmen, folgt ferner das Recht derselben, darauf anzutragen, daß zur Abstimmung selbst eine Versammlung der Commun angesetzt werde, um darin über die Gemeindeangelegenheit sich zu berathen und die verschiedenen Ansichten der Communglieder zu vernehmen [33]), dafern nicht der Gegenstand ein solcher ist, zu dessen Verhandlung der Gemeinde-Verfassung nach ohnehin gewisse jährliche Versammlungen bestimmt sind, wozu es also einer besondern Einladung mit Angabe des Gegenstandes nicht erst bedarf oder nur

33) Vergl. Gaudlitz, l. c. p. 17. 30 et 31.

der selbst für diese ordentlichen Versammlungen herkömmlichen Ankündigung, z. B. mittelst des Hammers[34]). Ist also der Vorschlag mit seinen Prämissen bloß in einen schriftlichen Umlauf gebracht worden, damit Jeder sein Gutachten beschreibe, so kann Jeder diese Abstimmungsart ablehnen und auf einer Versammlung der Gemeinheit bestehen. Denn die in den schriftlichen Umlauf gesetzten Vordermänner würden mit den Ansichten ihrer Nachmänner unbekannt bleiben, letztere hingegen die Gelegenheit verlieren, durch ihre abweichenden Ansichten ihre Vordermänner zu Abänderung ihrer niedergeschriebenen Stimmen zu vermögen. Wäre nun gleichwohl der schriftliche Umlauf von allen Gemeinheitsgliedern, ohne Protestation gegen das schriftliche Abstimmen angenommen (präsentirt) und die Stimmen darauf niedergeschrieben worden, so hätten sich die Communglieder ihres Rechts, auf Abstimmung in einer Versammlung anzutragen, stillschweigend begeben und mit der Unterschrift des letzten Commungliedes wären dann die vorher aufgezeichneten Stimmen unwiderruflich geworden[35]).

Daß auch bei einer Berathung, Discussion und Abstimmung in einer Zusammenkunft der Gemeinheit eine Schrift darüber aufgesetzt werde, welche die wesentlichen Erfodernisse des Gemeinheitsschlusses enthalte, ist des Beweises halber rathsam, obschon, sollten alle Theile dieses Actes nur mündlich, jedoch legal verhandelt und vollzogen worden sein, der Eidesantrag darüber allerdings zulässig wäre. Eine Privatschrift über Abfassung eines Gemeinheitsschlusses, welche nicht von allen Mitgliedern unterschrieben ist, hat natürlich wider letztere keine Beweiskraft, daher ist es überhaupt gewöhnlich und rathsam, die Aufzeichnung der zu einem Commun-Beschluß erfoderlichen Handlungen durch einen Notar oder gerichtlich vornehmen zu lassen und dem Protokoll zugleich eine glaubhafte Nachricht über die Gesammtzahl der Communglieder beizufügen.

Gehört die zu berathende Gemeinheits-Angelegenheit nicht zu denjenigen Geschäften, welche der Ordnung nach an gewissen Versammlungs-Tagen vorgenommen werden, so sind die Communglieder

---

34) Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichts im S. Joh. Glieb. Haufen's u. Cons. ∺ Johann Gfried. Wagnern, 1828. P. II. B. Nr. 25.

35) Nach cap. 28. X. de electione können die zu einer Capituls-Versammlung nicht mit eingeladenen Capitularen den darin gefaßten Beschluß als nichtig angreifen, aber auch nachher besonders selbigen noch genehmigen. Vergl. Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichts in S. Gerschler's ∺ Irmschlern, Löwen u. Cons. 1825. I. A. 67, 1828. II. B. 30.

vor der Versammlung davon besonders zu benachrichtigen[36]). Ob den Commungliedern bei Ansetzung einer ausserordentlichen Versammlung das Präjudiz, daß im Fall ihres Ausbleibens ihr Beitritt zum Beschlusse der Mehrheit angenommen werden soll, vorgeschrieben oder in einem schriftlichen Umlaufe zur Abstimmung eine Frist unter gleichem Präjudiz gesetzt werden könne, ist zwar nach der Verfassung jeder Gemeinheit zu beurtheilen, jedoch für die als Staatsbehörden bestehenden Gemeinheiten überhaupt zu bejahen, hingegen für bloße Privat-Gemeinheiten zu verneinen, sofern nicht diese für Gemeindebeschlüsse, welche zu Fortstellung des Communwesens nothwendig sind, ihre Obrigkeit aufrufen, um den in Abgabe ihrer Stimmen säumigen Commungliedern ihre Erklärung binnen gewisser Frist unter jenem Präjudiz aufzulegen. K.

XXXI.

Von Pseudo-Gemeinheits-Sachen. *)

Für Gemeinheits-Sachen sind überhaupt nur diejenigen anzusehen, welche sich auf den gemeinsam fortdauernden Zweck jeder Gemeinheit beziehen, zu dessen Beförderung alle Communglieder entweder in gleichem oder in proportionirtem Verhältnisse beitragen oder wozu Commun-Eigenthum unmittelbar dient oder verwendet wird, oder welche sich auf Vortheile oder Verbindlichkeiten beziehen, die allen Commungliedern nach gleichen oder verhältnißmäßigen Theilen zufließen, oder gegen dritte Personen obliegen[1]). Diese Angelegenheiten sind Gemeinheits-Sachen, gleichviel, ob sie in der Stellung der Communglieder unter sich oder der ganzen Gemeinheit gegen dritte Personen in Betracht kommen. Dagegen gehören die individuellen Verhältnisse der Personen oder Sachen der ein-

---

*) Erörterungen practischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe. II. Th. S. 35 — 41.

36) Das in voriger Note angeführte Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichts. Vergl. Preuß. Landrecht. Th. II. Tit VI. §. 51 — 55.

1) Vergl. Preuß. Allgem. Landrecht. Th. II. Tit. VI. §. 88 und 89.

zelnen Communglieder, die in dem Gemeinheits-Verband keinen gemeinsamen Berührungspunkt haben, sollten sie auch ein gleiches Interesse mehrerer oder einer ganzen Klasse der Communglieder berühren, z. B. die Wiesenbesitzer, die brauenden Bürger, sofern nicht das städtische Bier-Privilegium selbst in Frage steht, die Branntweinbrenner, die Pferdebesitzer, unter die causas singulorum. Obgleich zu einer Dorfgemeinde sämmtliche Feld- und Hausbesitzer gehören, so darf man doch deshalb noch nicht die Verhältnisse ihrer Grundstücke den Gemeinheits-Sachen beizählen, da diese individuell und unter sich verschieden sind, sondern nur dann und soweit, als sich ein gemeinsames gleiches Verhältniß derselben aus dem Gemeinheits-Verbande darlegt, z. B. hinsichtlich der durch Gemeindeschluß oder Observanz festgestellten Cultur der Grundstücke nach Feldarten oder in Beziehung auf den Gemeindehirten, oder das Gemeinde-Saamenrind.

Die Gerichtsbehörden haben nicht selten solche Angelegenheiten der Dorfbewohner als Gemeinheits-Sachen behandelt und Syndicats-Errichtungen für Processe darüber erfodert oder zugelassen, welche Rechte und Lasten einerlei Art, die auf den Privatgrundstücken der Dorfbewohner haften, zum Gegenstande hatten, z. B. Lehngeld, Erbzinsen, Frohndienste, gemeinschaftliche und Koppel-Hutung auf Privatgrundstücken [2]). Allein, wenn schon ein gemein-

---

2) Rivini Enunc. jur. Tit. VII. Enunc. 38. Kind, Quaest. For. Edit. 2. Tom. III. cap. 96. Gaudlitz, l. c. p. 12, wo sich zwar zur Unterstützung dieser Ausdehnung auf die A. Sächs. P. O. Tit. V. §. 3. z. E. bezogen wird, welche Stelle aber bloß von der objectiven Klagenhäufung handelt. Das Königl. Sächs. Appellationsgericht gestattet auch der brauenden Bürgerschaft in ihren Processen die Bestellung eines Syndicus und ertheilt ihr wider Versäumniße Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, z. B. in Sachen Jünger's ⁄⁄ die Brauerschaft zu Freiberg. 1810. I. B. Num. 151. in Sachen Günther's Grafen von Bünau ⁄⁄ die brauende Bürgerschaft zu Delitzsch 1808. II. A. Nr. 95. Da die Braugerechtigkeit zu den Vorrechten der ganzen Stadtgemeinheit gehört und selbst da, wo die Ausübung derselben nur einer gewissen Klasse der Stadtbürger zukommt, die darüber entstehenden Processe von der brauenden Bürgerschaft als integrirenden Theil der Stadt-Commun über ein Vorrecht derselben geführt werden, so stellt sich auch eine Syndicats-Errichtung dabei als zulässig dar. Das Recht des Stadtrathes, an solchen Processen Theil zu nehmen, hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht anerkannt in S. Küntzel's u. Cons. ⁄⁄ Dietzen und den Stadtrath in Zwickau. 1804. P. II. A. 186. Indeß nach der Königl. Sächs. Städte-Ordnung v. 2. Febr. 1832. §. 25, 30, 31, 120, 179 und 186. dürfte ihm bei diesen Processen eine Concurrenz nicht mehr zukommen. Die Schwierigkeiten, in Processen sehr großer Gesellschaften die Legitimationen der Einzelnen in Richtigkeit zu setzen und zu erhalten, können vermieden

schaftlicher Vertrag der Grundstücksbesitzer unter sich oder mit einem Dritten, z. B. ein Erbregister, Erbreceß mit dem Grundherrn selbige zu einer Gesellschaft macht und eine Streitgenoßenschaft begründet, so finden doch diese Verhältnisse ihren Grund nicht in dem Gemeinde-Verband, da sie weder alle Gemeinheitsglieder nach einer Gemeinheitsproportion berühren, noch auch der Disposition der Gesammtheit der Commun unterliegen, sondern den besondern Verfügungen und Verträgen der einzelnen Grundstücksbesitzer anheim gestellt sind, denen auch die durch Verjährung eingetretene Befreiung oder Belastung individuell zugerechnet wird. Das rechtliche Verhältniß einer Gemeinheit ist ein privilegirtes, sowohl nach seiner Entstehung in Bezug auf Anerkenntniß desselben durch das Staatsoberhaupt, als nach seinen Vorrechten hinsichtlich der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, der Eidesleistungen durch Stellvertreter, und der nach einigen Landesgesetzen gewissen Gemeinheiten zustehenden stillschweigenden Hypothek. Die Ausdehnung dieser Privilegien auf bloße Gesellschaften und Litisconsorten ist schon an sich unzulässig. Die bloße Schwierigkeit, für eine Menge Streitgenossen die Legitimation zum Prozeß und zur Sache herbeizuschaffen, welche sich während der Dauer des Processes mit dem Abgang der vorigen Grundbesitzer und dem Eintritt ihrer Nachfolger immer wieder erneuert, ja in manchen Streitigkeiten, z. B. über die Frohnpflichtigkeit der Pferde haltenden Ortseinwohner, ganz besonders hervortritt, giebt keinen rechtlichen Grund ab, von der gesetzlichen Regel abzuweichen und jenen Schwierigkeiten durch Anordnung oder Zulassung eines Syndikats vorzubeugen, ja die Anwendung dieses Bequemlichkeitsprincips ist um so bedenklicher, als ein Fehler in der Legitimation zum Proceß Nullität desselben bewirkt, die in diesem Fall nach der Sächs. Erl. Proc. Ordnung Tit. 39. §. 1. unverjährbar ist. Ueberdieß kann die in solchen Pseudo-Commun-Sachen zugelassene Syndikats-Errichtung Verwirrung in dem materiellen Theile der Beweisführung herbei-

---

werden, wenn der Gesellschaft wenigstens für diesen einzelnen Proceß durch landesfürstl. Dispensations-Rescript die Bestellung eines Syndicus gestattet wird — cf. cap. 7. X. de procurator. Boehmer, Jus eccles. Protest. Lib. I. Tit. XXXIX. § 3 — und es ist nicht nothwendig, damit zugleich die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand für diesen Proceß der Gesellschaft zu ertheilen. Im Königreich Sachsen genießen die Berg-Gewerkschaften die Rechte einer Gemeinheit nicht, jedoch ist anstatt der Legitimation aller einzelnen Interessenten in dem Mandate v. 26. Aug. 1713 (Beilage Num. XI. z. Erl. Proc. Ordnung) eine besondere Art der Vertretung derselben angeordnet. Eine Berg-Knappschaft hingegen hat auch in Sachsen die Rechte einer Gemeinheit. Bauer, resp. VI.

führen, besonders wenn derselbe die Verjährung zum Gegenstande hat, indem diejenigen Besitzhandlungen, welche wider einzelne Grundstücke vorgenommen wurden, als wider die ganze Gemeinheit gerichtet angesehen und daraus eine Verjährung auch wider die übrigen Communglieder, deren Grundstücke von fremder Anmaßung frei blieben, abgeleitet werden könnte, oder, weil während der Verjährungszeit alle Communglieder in einzelnen Fällen fremde Anmaßung duldeten und Leistungen übernahmen, welche zusammengerechnet den Ablauf der Verjährung begründeten, diese nun als erwiesen geachtet werden könnte, obschon die Verjährung in solchen Nicht-Commun-Sachen wider jedes einzelne Grundstück auszuführen und, daß der jetzige Besitzer und seine Vorfahren seit der Verjährungszeit die Last getragen, die Leistung abgeführt habe, zu erweisen gewesen wäre. Umgekehrt kann auch der Gegner einer solchen formell als Gemeinheit hingestellten Gesellschaft darunter Nachtheile erleiden, sofern nämlich die durch andere Communglieder vollzogenen Acte der Usurpation auch denjenigen Commungliedern zu Gute gerechnet würden, gegen welche als einzelne der Gegner die Verjährung wirklich zu Stande gebracht hat. Hierdurch soll übrigens keineswegs jene Vermischung der materiellen Rechte Einzelner mit einer Communangelegenheit gerechtfertigt werden, etwa als eine Folge der erkannten Syndicats-Errichtung, vielmehr hat letztere, sollte sie auch ausser den Ländern, wo die oben angeführte Sächs. Erl. Proceßordnung gilt, rechtskräftig feststehen, nur den Zweck, daß der Syndicus für die Communglieder die Proceßhandlungen vollziehe und daß die Communglieder hinsichtlich der Proceßhandlungen, folglich auch der darin vorkommenden Eidesleistungen als eine Gemeinheit betrachtet werden sollen. Auf die Erwerbung des Rechts vor dem Proceß aber, welche während des Processes nur erwiesen werden soll, kann dieses Proceßverhältniß der Communglieder nicht rückwirkende Kraft haben.

Sollte nun bei den oben gedachten Individual-Streitsachen der einzelnen Communglieder nicht einmal ein gemeinschaftlicher Vertrag oder sonstige gemeinschaftliche Verpflichtung zum Grunde liegen, welche wenigstens ein litis consortium begründete, so stellt sich die daraus wider mehrere erhobene Klage sogar als eine unzulässige subjective Klagenhäufung dar. K.

XXXII.

Ueber Ersatz des von Beamten-Collegien oder einzelnen Mitgliedern und Subalternen derselben durch pflichtwidriges Handeln oder Unterlassen in Sachen ihres Amtes verursachten Schadens. *)

Die Frage: ob wegen eines durch Pflichtwidrigkeiten, die sich ein Beamten-Collegium oder einzelne dabei angestellte Personen haben zu Schulden kommen lassen, dem Staate oder dritten Privatpersonen zugefügten Schadens das ganze Collegium oder nur der pflichtwidrig handelnde Officiant und wer zuvörderst oder nur subsidarisch in Anspruch genommen werden könne? auch ob mehrere Schuldige nur pro rata oder solidarisch dafür verhaftet seien? ist überhaupt nach der Theorie vom Schadenersatz, insbesondere aber nach den Grundsätzen des Mandatscontractes und einigen speciellen Vorschriften zu beurtheilen, welche aber folgende Unterscheidung der Fälle nöthig machen:

1) Aus Geschäften, welche dem ganzen Collegium obliegen, jedoch verfassungsmäßig gewissen Deputirten aufgetragen werden, ist zunächst der Deputirte, welcher das Versehen beging, für den dadurch verursachten Schaden verantwortlich und nur subsidiarisch die übrigen Mitglieder des Collegiums als Auftraggeber [1]), ein jedes jedoch nur pro rata [2]), und sofern ihnen ein mäßiges Versehen (culpa levis) dabei zur Last fällt [3]). 2) Die in einem nur

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Lang'enn u. Kori. 2te Ausgabe II. Thl. S. 42 — 49.

1) L. 1, 2 et 4. Cod. quo quisque ordine. Hommel, rhaps. 601. No. 14

2) L. 7. ff. de magistratib. conveniendis. Vergl. Car. Fr. Christ. Becker, Diss. an et quatenus collegium culpam ab uno alterove ex suis membris vel antecessoribus commissam praestare teneatur. Gottingae. 1741. §. 17, 19, 20, 23 et 39.

3) Vergl. l. 4. Cod. quo quisq. ord. von Bülow's und Hagemann's Practische Erörterungen. Bd VI. Erörter. XLI. §. 3.

gewissen Mitgliedern oder Subalternen zukommenden Geschäftskreise von selbigen begangenen Fehler verpflichten nur diese zum Schadenersatz, jedoch hat dafür subsidiarisch das ganze Collegium oder dessen Directorium zu haften, wenn und soweit diesem eine Aufsichtsführung zukam, die es vernachlässigt hat, als woraus die einzelnen Mitglieder pro rata ersatzpflichtig sind, sie hätten denn durch einen dolum sich eine solidarische Verbindlichkeit zugezogen [4]). 3) Aus Geschäften, welche dem ganzen Collegium obliegen, a) ohne schlechterdings die Concurrenz aller Mitglieder zu erfodern, sind nur die wirklichen Theilhaber der pflichtwidrigen Handlung zum Schadenersatz verbindlich [5]), die übrigen dabei nicht unmittelbar concurrirenden Mitglieder nur dann, wenn sie die Handlung wissentlich geschehen ließen, die sie hätten hindern können [6]). Nur ein dolus verbindet selbige solidarisch oder eine auf solidarische Verantwortlichkeit ausdrücklich gerichtete Anstellung derselben [7]). b) Bei vorschriftsmäßiger Concurrenz aller Mitglieder sind auch die ausgebliebenen für die von den gegenwärtigen Mitgliedern begangenen Versehen verantwortlich, weil sie sich durch ihr pflichtwidriges Ausbleiben auser Stand gesetzt haben, die nachtheilige Handlung zu verhindern. c) Gründete sich der pflichtwidrige Beschluß auf Stimmen-Mehrheit, so sind die dissentirenden Mitglieder anspruchsfrei [8]). d) Die neu eingetretenen Mitglieder haften für die vorher vom Collegium begangenen Versehen nicht [9]). e) War der nachtheilige Beschluß ein Gegenstand der Rechtskenntniß, so haben die nichtjuristischen Mitglieder selbigen nicht mit zu vertreten [10]), ausgenommen, wenn dadurch ein wirkliches Verbrechen begangen oder die Verfassung des Collegiums verletzt worden ist.

Die schuldigen Mitglieder haben den Schaden aus ihrem Privatvermögen zu ersetzen und dürfen dazu nicht das Vermögen des

---

4) l. 1. §. 9. l. 7. ff. de magistratib. conven. l. 3. Cod. eod. l. 25. ff. ad municipalem. Vergl. Thibaut, System des Pandectenrechts. §. 223. Num. I. und II.

5) l. 11. ff. ad municipalem.

6) l. 7. ff. de magistratib. conven. Leyser, spec. 533. No. 16 et 17.

7) l. 2. et 3. C. quo quisq. ord. l. 7. ff. de magist. conven.

8) Leyser, l. c.

9) l. 23. C. de decurionib. l. 9. §. 9. ff. de administr. rer. ad civ. pertin. Leyser, spec. 533. med. 8. spec. 680. med. 20. Gottlob Leberecht Funke, Beiträge zur Erörterung practischer Rechtsmaterien. Chemnitz, 1830. Num. II. S. 102.

10) Leyser, spec. 680. med. 20, 23 et 40.

Collegiums verwenden[11]). Wo eine subsidiarische Verbindlichkeit der übrigen Mitglieder des Collegiums eintritt, da beschränkt sich selbige auf das Capital und geht nicht auf die Zinsen[12]). Die Erben sind aus einem Vergehen ihres Erblassers nur in soweit gehalten, als sie dadurch reicher geworden sind[13]).

Obschon im Känigreich Sachsen der Staats-Fiscus seine Beamten und die Landescollegien gegen Schädenansprüche vertritt[14]), so muß doch die gegen den Fiscus angestellte Klage eine solche Pflichtwidrigkeit der Beamten und Landescollegien darlegen, die, ohne jenen Dazwischentritt letztere selbst zum Schadenersatz verpflichtet haben würden. Denn nur auf eine solche Pflichtverletzung kann der Staats-Fiscus seine Regreßklage, oder, wenn ihm selbst der Schaden verursacht worden, seine unmittelbare Schadenklage gegen die pflichtwidrig handelnden Officianten gründen. Funke in der angeführten Schrift, S. 125 u. f., behauptet: daß aus Versehen der einzelnen Glieder eines Stadtraths alter Verfassung sofort das ganze Collegium in Anspruch genommen werden könne, weil die einzelnen Mitglieder nur als Stellvertreter des Magistrats handelten. Allein dieser Meinung stehen folgende Gründe entgegen: a) der Stadtrath als solcher besitzt keinen Fond, woraus er diese Vertretung als Collegium bestreiten dürfte, indem dafür weder das allgemeine Communvermögen, noch das der Gesammtheit des Stadtraths zu besondern collegialischen Zwecken zugewiesene Vermögen bestimmt ist, und beides nur zum Besten der Commun oder des Stadtrathes verwendet werden soll[15]). Eine Vergütung des Schadens aus dem Privatvermögen der Stadtrathsglieder aber schließt die Verantwortlichkeit des ganzen Collegiums als solchen von selbst aus. Am wenigsten ist die Behauptung Funke's S. 137 u. f.: daß, wenn der Stadtrath kein Magistratsvermögen besitze, die Communglieder zu Beiträgen für Deckung des Schadens anzustrengen seien, mit der Natur und Verfassung einer Gemeinheit vereinbar. Die Ausdehnung des Verhältnisses eines Institoris auf das eines Stadtrathes als öffentlicher Behörde, worauf Funke

---

11) Vergl. l. 15. §. 1. ff. de dolo malo. Leyser, spec. 680. med. 20. Thibaut, §. 223.

12) l. 9. ff. de magistr. conven. l. 21. §. 1. l. 24. ff. ad municipalem.

13) l. unic. Cod. ex delictis defunct. in quantum heredes conven.

14) Diese Vertretung gegen Dritte ist durch die Verfassungs-Urkunde v. 4. Septbr. 1831. §. 42. nicht aufgehoben worden.

15) Vergl. Königl. Sächs. allgemeine Städte-Ordnung v. 2. Febr. 8132. §. 28. 30 — 32.

S. 140 unter Beziehung auf leg. 5. §. 8. ff. de instit. act. sich stützt, widerspricht aber der wesentlichen Verschiedenheit beider Verhältnisse. b) So weit der Schaden durch einen dolum des Rathsgliedes verursacht worden, läßt sich die Handlung um so weniger als eine durch Stellvertretung des ganzen Collegiums autorisirte betrachten, als überhaupt Collegien nicht delinquiren und für Verbrechen nur der eigentliche Urheber verantwortlich ist. Aber auch c) bei culposen Vergehen ist die Schädenklage als eine persönliche gegen den Urheber des Versehens zu richten; denn weder die actiones adjectitiae qualitatis noch die Klagen ex quasi delictis dürfen über die ihnen gesetzlich untergelegten Fälle ausgedehnt [16]), und ohne ausdrückliches Gesetz schuldlose Mitglieder eines Collegiums für die Versehen anderer Mitglieder verantwortlich gemacht werden. Der bloße vom ganzen Collegium einzelnen Mitgliedern ertheilte Auftrag zu einzelnen Geschäften enthält an sich noch keinen hinreichenden Grund, die Versehen der letztern zu vertreten, deren Anstellung bei dem Collegium von diesem bald gar nicht, bald nicht allein, sondern zugleich von der höhern Behörde abhing, wie denn auch die Uebertragung einzelner Geschäfte oft nur eine Folge der verfassungsmäßigen Vertheilung der Geschäftszweige überhaupt ist. Je treuer übrigens Mitglieder eines Collegiums ihren eigenen Amtsgeschäften obliegen, desto weniger können sie ihr Augenmerk auf die Geschäftsführung ihrer Collegen richten, wozu auch in der Regel nicht ihnen, sondern dem Directorium der Beruf zukommt [17]). — Selbst bei Abfassung von Rechtssprü-

---

16) Thibaut, Syst. des Pandectenrechts. §. 967.

17) Das vormal. K. S. Appellationsgericht hat in Sachen Christ. Friedr Unger's ÷ Christ. Gotthilf Unger'n 1811. II. A. Num. 131 und 1814. I. B. Num. 12. die actionem ex syndicatu nach dem Beispiele der actionis tutelae utilis adv. magistr. nur für subsidiarisch geachtet, jedoch alle Mitglieder eines Stadtraths für solidarisch verbindlich gehalten, nur mit Gewährung des beneficii divisionis; dagegen hat dieses hohe Collegium in S. der Vorsteher der Kirche zu Neustadt bei Dresden ÷ den Stadtrath zu Bischofswerda ꝛc. 1817. II. A. Num. 129 angenommen: daß die auf Versehen einzelner Rathsglieder beruhende Schädenklage sofort gegen das ganze Raths-Collegium angestellt werden könne, welches den Ersatz aus dem Communvermögen zu leisten habe, jedoch befugt sei, seinen Regreß gegen die schuldigen Mitglieder zu nehmen. Man vergl. auch Kind, Quaest. For. Ed. II. Tom. III. cap. 22. Jedoch deutet die von demselben angeführte Churſächs. Decision 41. v. J. 1661, welche neben der Selbstverpflichtung der Obrigkeit in Vormundschaftssachen zugleich von Bestrafung derselben spricht, mehr darauf hin, daß selbige den Schaden aus eigenen Mitteln zu ersetzen habe. — Auch Rivinus, in Dissert. de Culpa ab uno collegarum commissa a toto collegio

chen, welche contra acta erfolgt und wogegen die ordentlichen oder auſſerordentlichen Rechtsmittel vergeblich erſchöpft worden ſind oder unzuläſſig waren, kann eine Schädenklage gegen das ganze Collegium nicht Statt finden. Denn, wenn dieſes ſchon nach ſeiner Verfaſſung den Referenten nicht namhaft machen darf, ſo enthält doch dieſe von dem Willen des Collegiums nicht abhängige Verfaſſung keinen Rechtsgrund, alle einzelne Mitglieder des Collegiums für den Referenten verantwortlich zu machen; vielmehr iſt die höchſte Staatsbehörde, an welche ſich der Verletzte wenden mag, befugt, von dieſer Verfaſſungsregel für den vorliegenden Fall eine Ausnahme zu beſchließen und dem Collegium die Benennung des Referenten aufzugeben, damit ihn allein der Verletzte wegen Schadenerſatzes belange. Selbſt im Königreiche Sachſen, wo wegen des durch Königl. Behörden zugefügten Schadens zunächſt der Königl. Fiskus in Anſpruch genommen werden kann, würde die Regreßklage des Letztern nur gegen den Referenten zuläſſig und daher die Benennung deſſelben nothwendig ſein, dafern nicht der Königliche Fiskus aus allgemeinen Rückſichten dieſe Maßregel für bedenklich halten und, um ſelbige zu vermeiden, lieber die Regreßklage aufgeben ſollte.

Nach dem Königl. Sächſ. Generale vom 20. Juni 1817. §. 15. iſt der bei Patrimonialgerichts-Depoſiten verſchuldete Verluſt zunächſt von dem Gerichtsherrn oder in Städten aus dem Kämmerei-Vermögen zu erſetzen, die Stadträthe aber verbunden, den Regreß gegen die Urheber des Verluſtes zu nehmen [18]).

---

praestanda. Lips. 1740. §. 7. behauptet eine ſolidariſche Verbindlichkeit der Mitglieder eines Collegiums, obſchon ſelbige in der von ihm angeführten l. 11. ff. ad municipal. „periculum magistratus esse commune“ keine Stütze findet.

18) Vergl. Königl. Sächſ. allgemeine Städte-Ordnung. §. 239. und über die Verantwortlichkeit der Stadtverordneten gegen die Stadtgemeinde: Ebend. §. 176.

XXXIII.

In wieweit geht die Eigenschaft eines Gemeinheits-Processes durch Verzichtleistungen einzelner Communglieder auf den Proceß oder durch Uebertritt zur Gegenparthei oder durch Verweigerung oder Versäumniß der der Gemeinheit aufgelegten Haupteide verloren und welche Vortheile gewähren diese Vorgäage der Gegenparthei?*)

Bei Beurtheilung dieser Fragen hat man zweierlei Communprocesse zu unterscheiden: A. solche, welche die Gemeinheit mit dritten Personen führt; B. solche, in welchen die Communglieder gegen einander selbst in Partheien zerfallen sind.

ad A. Wo eine Gemeinheit ihre Gerechtsame gegen dritte Personen vertheidigt, da unterscheide man wiederum folgende Fälle:

a) Streitet sie für Rechte oder Befreiungen, die der Gesammtheit der Commun zu Gute kommen, und nicht den einzelnen Commungliedern unmittelbar nach ratirlichen Theilen zum Nutzen dienen, z. B. für Behauptung des Eigenthums einer für Deputathölzer ihrer Officianten bestimmten Communwaldung, für Freiheit einer zu Unterhaltung des Communsaamenrinds bestimmten Communwiese von fremder Huthung, oder für Freiheit eines Commungebäudes von einer Durchgangs-Servitut oder auch für Commungegenstände, welche im ungemessenen Gebrauch der Communglieder sind, als Communwege, Communbäche, so hat die Verzichtleistung Einzelner auf den Proceß so lange keinen Einfluß auf die Hauptsache, als nicht sämmtliche Theilhaber des Syndikats den Streitgegenstand aufgegeben haben. Denn, ob schon sonst ein absoluter Verzicht auf den Proceß die Folge hat, daß dem Gegner das Streitobject zufällt [1]), oder wenn der Verzichtende Streitgenossen hatte, wenigstens der Antheil desselben an dem streitigen

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe 1836. II. Th. S. 50 — 66.

1) Kind, Quaest. For. Edit. 2. Tom. III. cap. 95.

Gegenstande, so ist doch im vorliegenden Falle das Streitobject untheilbar und keinesweges im Miteigenthume der einzelnen Communglieder (Erörterung I. Note 25), auch die bloße Mehrheit der Communglieder nicht befugt, diesen Gegenstand unvergeltlich der Commun zu entäußern, so lange noch einzelne Communglieder sich auszuführrn getrauen, daß er Gemeinheits-Vermögen sei [2]). Letztere können zwar, wenn die Mehrheit den Streit aufgiebt, auf Vertretung durch den bisherigen Syndikus nicht weiter Anspruch machen [3]), auch vor der Hand nicht verlangen, daß ihnen die zu Fortstellung des Processes nöthigen Kosten aus der Communkasse oder mittelst Communanlagen hergeschossen werden, allein, wenn sie nachher den Proceß gewonnen, mithin der Commun das Streitobject erhalten haben, so steht ihnen auf den Grund der versionis in rem allerdings ein Anspruch auf Ersatz und Ausgleichung der Proceßkosten gegen die Commun zu [4]). Nicht minder wird ihnen,

---

2) Vergl. l. 1. §. 2 et 3. ff. quod cujusque universit. nom. Zachariae, l. c. pag. 91. Jemand hatte durch ein opus manufactum zum Besten seiner Wiese soviel Wasser auf eine Communwiese geleitet, daß diese in Versäuerung gerieth. Nur ein Gemeindeglied klagte deßhalb wider ihn und dessen Befugniß dazu wurde wegen seines Interesse als Gemeindegliedes ausdrücklich anerkannt, obschon die Klage aus anderen Gründen in angebrachter Maße verworfen wurde. Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichts in Sachen Gerbeth's ./. Seydeln 1811 II. A. 62. Allein in dem Leuterungsurthel 1813. II. B. 84, welches nachher bestätigt wurde, 1815. C. 26. ging man von dem Grundsatze aus: daß zu jener Klage nur die Mehrheit der Gemeinde befugt sei, nicht einzelne Gemeindeglieder. Indeß hatten sich über diese Angelegenheit die übrigen Communglieder noch gar nicht ausgesprochen und der Gültigkeit eines Beschlusses der Mehrheit zu Uebernahme dieser Last würden die in der Erörterung sub. I. Num. 3. S. 14. aufgestellten Gründe entgegengestanden haben.

3) Dagegen gewährt ihnen Zachariae, l. c. alle Gemeinheitsrechte.

4) Zachariae, l. c. Anders verhält es sich, wenn die Mehrheit der Communglieder sich mit dem Gegner über den streitigen Gegenstand vergleicht und selbigen gegen ein Aequivalent, welches für den Gemeinheitszweck verwendet werden soll, dem Gegner überläßt. Dieß kann die Minorität nicht verhindern (Erörterung I. Note 23.) Altenburg und Gothaische Proc. Ordn. P. I. Cap. IV. §. 3. — Uebrigens ist die Meinung Kind's in Quaest. For. E. 2. Tom. III. cap. 5. Gaudlitzens l. c. pag. 101. daß in Gemeinheitsprocessen dieser Art (de re communi universitatis) die Communglieder bei dem Processe beharren und die Proceßkosten beisteuern müßten, ohne daß Verzichtleistungen der Einzelnen zu beachten wären, rechtlich nicht begründet, und die Verpflichtung der Communglieder zu Aufrechthaltung des Communwesens, worauf Kind seine Meinung stützt, kann nicht von zweifelhaften Ansprüchen der Commun behauptet werden, deren Anerkennung erst erstritten werden soll. Es beruhete ja der bei der Syndikats-Errichtung erklärte Entschluß der Commun zur Einleitung eines Pro-

gleichviel, ob sie als Einzelne den Proceß angefangen oder, nach dem Rücktritt der Mehrheit, die den Syndikus bestellt hatte, nur fortgesetzt haben, da sie als integrirender Theil einer Commun für eine untheilbare Communsache streiten, die Wiedereinsetzung in vorigen Stand gegen Versäumnisse nicht zu versagen sein.

b) Besteht der Gegenstand des Communprocesses in Behauptung von Vortheilen oder Abwendung von Nachtheilen, welche alle einzelne Communglieder unmittelbar nach ratirlichen Theilen beziehen oder zu tragen haben (Vergl. Erörterung I. Num. 3. im Texte zur Note 26.) z. B. in Beiträgen der Parochianen zum Wiederaufbau einer in einer fremden Parochie befindlichen Kirche, oder in einer sämmtlichen Commungliedern nach Quoten zustehenden Communwaldung, oder in Bannrechten, welche gegen einen ganzen Ort nach den Bedürfnissen jeder einzelnen Haushaltung behauptet werden, so gewährt die Verzichtleistung einzelner auf diesen theilbaren Gegenstand (dessen Commun-Qualität ohnehin noch problematisch ist), woran den Commungliedern in der That ratirliche Antheile zukommen oder obliegen, allerdings einen Uebergang ihrer ratirlichen Antheile auf den Gegner oder sie werden dadurch pro rata dem Gegner verpflichtet. Ja, wenn die Verzichtenden endlich die Mehrheit ausmachen, so hört dieser Streit auf, eine Communsache zu sein, und geht in eine causam singulorum über, worüber nur auf Kosten der Einzelnen und für ihre ratirlichen Theile fortgestritten wird. — Noch vielmehr gilt dieses von Verzichtleistungen Einzelner in bloßen Pseudo-Gemeinheitssachen (Erörterung II) [5]).

---

cesses durch einen Syndikum selbst nur auf einer Mehrheit der Communglieder, welche durch allmähligen Rücktritt Einzelner wieder wegfallen kann, so daß auch der Syndikus für den Proceß nicht weiter legitimirt bleibt. Indeß enthält die Altenburgische u. Gothaische Proceß-Ordnung P. I. Cap. 10. §. 3 die Vorschrift: daß in dem oben ausgehobenen Falle (sub. a.) die Proceßkosten aus der Communkasse oder durch Beiträge aller Communglieder, auch der dem Syndikate nicht beigetretenen, bestritten werden sollen.

5) Zachariae, pag. 92. Gaudlitz, pag. 101 et 102. Kind, l. c. Beide letztere behaupten jedoch von Processen dieser Art, (de rebus universitatis in specie sic dictis, worunter also die oben sub. b. beschriebenen Gegenstände mit gehören, obschon nicht allein) daß der Antheil des Verzichtenden an dem Streitobjecte den übrigen Gemeinheitsgliedern, welche fortstritten, zufalle (adcrescit), jedoch ein Verzicht Einzelner alsdann unzulässig sei, wenn sich das Streitobject als untheilbar darstelle. Allein das Erstere ist auf streitige Verbindlichkeiten von selbst nicht anwendbar, für streitige Rechte aber wider die gemeinen Grundsätze von Verzichtleistungen in Processen über theilbare Gegenstände; das Letztere ist bereits in Note 4 widerlegt. — Die Altenburg. und Gothaische Proceßordnung, P. I. Cap. IV. §. 3. verpflichtet in dem oben (sub. b.) bemerkten Falle sämmtliche

Bei den dem Syndikate nicht beigetretenen Commungliedern ist deshalb noch nicht ein Verzicht auf das Streitobject vorauszusetzen [6]). Hätten sie aber auch diesen Verzicht bei der Syndikats-Errichtung ausdrücklich erklärt, so wäre selbiger doch so lange widerruflich, als der Gegner selbigen nicht acceptirt hat [7]).

Wo die Proceßkosten aus der Commun-Kasse bestritten werden, da fällt die gewöhnliche Veranlassung zu Verzichtleistungen Einzelner hinweg. —

Sowie in dem Falle sub b der Verzicht der Einzelnen auf streitige Rechte sich von selbst auf ihre ratam beschränkt, so darf auch eine Verzichtleistung Einzelner in Processen über die Verbindlichkeiten der Communglieder nur von Uebernahme derjenigen rata der Last verstanden werden, welche nach der Zahl aller Communglieder auf den Verzichtenden ausfällt, nicht etwa nach der Zahl bloß der allmählig oder zusammen verzichtenden Communglieder, sie hätten denn ausdrücklich zu einer solchen vergrößerten Last sich verstanden.

ad B. Geräth eine Commun mit sich selbst über ihre inneren Angelegenheiten in Streit, z. B. über die Modalität einer Communlast, über die Art der Verwendung des Communvermögens, über die Frage: ob die Neuhäusler rechtlichen Anspruch auf Gemeinderecht haben, — so ist bei solchen Gegenständen, worüber durch einen Gemeinheitsschluß der Mehrheit selbst eine neue Einrichtung regulirt werden kann, ein Proceß nicht wohl denkbar, oder er würde sich in seinen ersten Verhandlungen, wobei sich jedes Communglied für eine Parthei, für oder wider die Sache erklärt, durch Berechnung der Stimmenmehrheit erledigen, zum Beispiel die Frage über die Qualification eines Dritten zur Aufnahme in den Gemeinheitsverband, dafern die Aufnahme auch ohne gewisse Eigenschaften des Ansuchenden durch Stimmenmehrheit beschlossen werden kann. Weil es auch Pflicht jedes Gemeinheitsgliedes ist, seine Meinung über solche Communangelegenheiten auszusprechen, ohne sich einer Neutralität hingeben zu dürfen, so können vor oder während des Processes die bisher stillgeschwiegenen Glieder gericht-

---

Communglieder, die Proceßkosten, mit Verschonung der Communkasse, durch Commun-Anlagen aufzubringen, nimmt aber davon diejenigen Processe ausdrücklich aus, an welchen die Unterthanen, welche mit ihrer Obrigkeit streiten, nicht ein gleich durchgehendes Interesse haben (Pseudo-Gemeinheitssachen), welche vielmehr als **causae singulorum** zu behandeln sind.

6) Erkenntniß des Königl. Sächs. Appellationsgerichtes in S. Preußker's u. Cons. ÷÷ den von Schönberg auf Maxen. 1810. II. B. Num. 75.

7) Vergl. Kind, l. c.

lich zur Abgabe ihrer Erklärung genöthigt werden. Ergiebt aber die Stimmenzählung keine Mehrheit oder ist der Gegenstand des Streites nicht geeignet, durch Stimmenmehrheit regulirt zu werden, so bleibt derselbe auch während des Processes auf jeden Fall eine Communsache und zwar auf jeder Seite der Partheien, selbst wenn eine dritte Parthei Communglieder einen dritten Zweck dabei rechtlich verfolgte [8]). — Eine Syndikats-Errichtung für die eine oder andere Parthei ist hier unstatthaft. Denn sollte auch zufällig die eine Parthei soviel Mitglieder zählen, welche zu einer Syndikats-Errichtung erforderlich sind, so liegt hier doch überhaupt der Fall nicht vor, welchen die Gesetze bei Syndikaten voraussetzen, nämlich einen Streit der ganzen Gemeinheit mit dritten Personen, in welchem der Syndicus die ganze Gemeinheit vertreten soll [9]), sondern hier zeigt sich eine in ihrem Innern zerfallene Commun, deren gegen einander stehende Streitgesellschaften zwar auf die Qualität einer Commun gleichen Anspruch haben, aber durch ihre Trennung die Vertretung der Gesammtheit durch einen Syndikus von selbst unmöglich machen. Da jedoch der Gegenstand dieses Processes für jede Parthei Communangelegenheit ist und jeder Parthei als Theile der Commun die Communqualität zukommt, so sind jeder derselben doch die übrigen Vorrechte, ausser der Syndikats-Errichtung, einzuräumen, welche den Communen überhaupt in ihren Processen zustehen, insbesondere die Leistung der Eide durch 3 oder 4 Glieder ihrer Parthei, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, indem auch eine Communparthei, wenn sie nicht bloß in einem Individuum besteht, sich im Processe nicht selbst ver-

---

8) Vergl. Biener, Syst. proc. judic. §. 33. not. 2. T. I. pag. 65. Gaudlitz, l. c. pag. 95 — 97, 104. Dagegen meint Berger in Elect. Discept. Forens. Tit. IV. obs. 3. p. 58, daß in einer solchen Spaltung die Gemeinheit aufhöre, eine solche zu sein.

9) L. 1. §. 1. ff. quod cujusque universit. nom: „habere — syndicum, per quem, tanquam in republica, quod communiter agi fieri oporteat, agatur, fiat.“ l. 2. eod. „hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis“. Auch die Beispiele in l. 9 et 10 eod. sind von den Verhältnissen der Gemeinheit zu dritten Personen entlehnt. Ferner ist die in mehrern Sächsischen Proceßordnungen (Erl. P. O. ad Tit. VII. § 6. Altenb. u. Gothaische P. O. P. I. Cap. IV. §. 3.) für Syndikats-Errichtungen erfoderte Zusammenberufung aller Communglieder auf obigen Fall nicht anwendbar. Die richtige Meinung hatte das vormalige Königl. Sächs. Ober-Consistorium und die Landesregierung in dem von Weber, Systemat. Darstellung des im Königreich Sachsen geltenden Kirchenrechts. Th. II. Abtheil. II. S. 709 in der Note zu Ende angeführten Falle angenommen, als welcher in der That in die oben sub. B. bemerkte Kategorie gehört.

treten, sondern nur durch einen Stellvertreter handeln kann. Daß diesem der Name Syndikus abgeht, hebt die Qualität dieser Parthei als Communglieder nicht auf[10]).

Daß in Streitsachen dieser Art der Verzicht Einzelner aus der einen Parthei nicht einen Uebergang dieses Gemeinheitsprocesses in eine causam singulorum bewirken könne, folgt aus der Natur dieser Streitsachen von selbst. Die Eigenthümlichkeit derselben gestattet aber selbst einen Uebertritt einzelner Glieder zu der Gegenparthei, und dadurch kann sich bei solchen Streitpunkten, worüber schon ein Beschluß der Mehrheit entscheidet, der ganze Proceß erledigen, wenn dieser Uebertritt der Gegenparthei die Stimmen-Mehrheit zuführt.

Sollte bei diesen Processen die Frage entstehen: welche Parthei während des Processes die Kosten desselben aus der Communcasse, dafern eine vorhanden ist, zu entnehmen befugt sei, so würde dieß interimistisch derjenigen zu gestatten sein, welche für Beibehaltung des bisherigen Verhältnisses des Proceß-Gegenstandes streitet, die aber, wenn sie den Proceß endlich verloren hat, verbunden ist, der Communcasse die Kosten zu restituiren, woraus nun dem obsiegenden Theile die Proceßkosten zu vergüten sind. Liegt aber ein früherer Zustand des streitigen Rechtsverhältnisses nicht vor, z. B. bei einem Streite der Communglieder über Auslegung eines letzten Willens, worin neuerdings für Studirende aus der Commun ein Stipendienfond gestiftet worden, so ist es billig, entweder einer jeden streitenden Communabtheilung interimistisch die Proceßkosten aus der Communcasse zu verabreichen oder zu verweigern, bis der Ausgang des Processes der einen mit dem Siege auch das Recht der Kostenvergütung aus der Communcasse gewährt[11]).

Nach der Verschiedenheit der bisher aufgestellten Fälle sind auch die Folgen des von einzelnen Commungliedern, welche zu Ablegung von Haupteiden für die Commun ausgewählt worden, verweigerten oder versäumten juramenti ignorantiae, zu welchem sie sich anfänglich, um die Leistung des Haupteides von sich abzuwenden, erboten hatten, zu beurtheilen, indem diese Verweigerung oder Versäumniß überhaupt einer Verzichtleistung derselben auf den Proceß gleichsteht.

---

10) Dagegen war das Königl. Sächs. Appellationsgericht in S. Weber's u. Cons. ./. den von Carlowitz und Cons. 1824. II. A. Num. 57. u. 1828. II. C. Num. 11. der Ansicht gefolgt: daß die in einem solchen Falle eintretende Unzulässigkeit eines Syndikats die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von selbst ausschließe.

11) Vergl. Leyser, spec. 84. med. 12. Abweichend jedoch ohne nähere Begründung ist Gaudlitz, p. 104. und Hommel, rhaps 286.

Die Sächsische Erl. Proc.. Ordnung ad Tit. XVIII. §. 5. enthält über die Eide der Communen oder auch einzelner Genossenschaften darin folgende, auch in die Altenburgische u. Gothaische Proceßordnung P. I. Cap. XV. §. 7. meist wörtlich übergegangene Vorschriften:

„Hüfner, Anspänner, Gärtner, Häußler, Handfröhner und andere dergleichen Personen, so keine Gemeine constituiren, sollen in Zukunft, damit die unnöthige Multiplicatio Juramentorum verhütet werde, gleichfalls durch Dreie oder Viere ihres Mittels, so die beste Wissenschaft der Sache haben, und von dem Gegentheil dazu erwehlet und benennet werden, die erkannten Eide abzulegen zugelassen und sodann die übrigen damit verschont werden."

„Wann sie aber an unterschiedenen Orthen wohnen, stehet Gegentheile frei, aus jedem Orthe 2 bis 3 Personen dazu zu benennen, wie denn auch bei ganzen Gemeinden und andern universitatibus, wenn ihnen der Eid deferirt wird, solches alles auf gleiche Weise gehalten werden, dem Deferenten auch frei stehen soll, unter denen anzugebenden Personen, zugleich den Syndicum oder Stadt-Schreiber, wenn er gleich kein Membrum Collegii ist, mit zu benennen."

Da das Leben die Fälle, worauf diese generellen Vorschriften angewendet werden sollen, viel mannichfacher gestaltet, als sie dem Gesetzgeber vorgeschwebt haben, so hat sich das Königl. Sächs. Appellationsgericht zu Erläuterung dieser Stelle der Sächs. Erl. Proc. Ordnung mittels Plenar-Beschlusses vom 13. Decbr. 1828 über folgende Grundsätze vereinigt:

1) Die Corporation ist befugt, gegen die vom Gegner getroffene Wahl der juraturorum Einwendungen zu machen, über deren Erheblichkeit und Wirkung das nächste Urthel entscheidet.

2) Es reicht hin, wenn drei der juraturorum den erkannten Eid ablegen, obschon der Gegner deren nicht bloß drei, sondern vier ernannt hatte.

3) Räumen drei das Gegentheil dessen ein, was sie beschwören sollten, so gilt dieses Geständniß gegen die ganze Corporation, ohne Unterschied, ob die Sache theilbar oder untheilbar ist, ob der Gegner vier oder drei juraturos gewählt hatte.

4) Die Eidesleistung oder das Geständniß dreier ist aber erforderlich. Daher schadet es der Corporation noch nicht, wenn nur einer oder zwei (die Eides-Thatsache) einräumen, sondern in einem solchen Falle hat der Gegner, anstatt der Gestehenden, andere juraturos (zwei oder resp. einen) zu ernennen. Gestehen diese, so daß mit Einschluß jener, drei Einräumende vorhanden sind, so kommt der Beschluß unter Num. 3. zur Anwendung. Schwören

aber von den zum ersten und zweiten Male Gewählten überhaupt drei, so gilt die Bestimmung unter Num. 2. — Sollten einige das jusjurandum ignorantiae leisten, so ist mit der Ernennung neuer an die Stelle der Hinwegfallenden so lange fortzufahren, bis drei den Eid, von welchem die Rede ist, ablegen oder bis drei davon einräumen.

5) Haben mehrere Corporationen zu schwören und sind aus jeder derselben von dem Gegner 2 oder 3 juraturi ernannt, so gilt das im Vorstehenden (Num. 2, 3, 4.) wegen dreier Personen Festgesetzte von Zweien rücksichtlich einer jeden Corporation.

6) Hat der Gegner weniger juraturos, als ihm freistand, z. B. nur einen, erwählt und die Corporation vor dem Schwörungstermin nicht widersprochen, so ist ein stillschweigendes Compromiß anzunehmen: a) daß die Eidesleistung der oder des dazu Ernannten genüge, aber auch b) deren oder dessen Geständniß gegen die Corporation völlig wirksam sein soll.

7) Bei einer theilbaren Sache schadet ein Geständniß, welches gegen die Corporation unwirksam ist (Vergl. Num. 4.) doch dem Gestehenden.

8) Geständnisse der zur Eidesleistung ernannten Syndicen oder Stadtschreiber, welche nicht Glieder der Corporation sind, gelten gegen die Letztere eben so, wie die der zum Schwören erwählten Gemeindeglieder.

9) Den Geständnissen gleich sind: a) Aeußerungen der juraturorum, vermöge welcher sie nicht zum Eide gelassen werden können; b) die Verweigerung der Eidesleistung aus unerheblichen Gründen und c) das Ausbleiben im Schwörungstermin ohne hinreichende Ursache.

10) Die Bestimmungen unter Num. 1 — 7 und Num. 9. sind auch anzuwenden, wenn Eide von Hüfnern oder ähnlichen Genossenschaften geleistet werden sollen.

11) Eine Corporation hat die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen Versäumnisse der juraturorum (Nummer 9. b. c.), nicht aber gegen Geständnisse und gegen die unter Num. 9. a. erwähnten Aeußerungen derselben. Hüfnern und ähnlichen Genossenschaften steht auch gegen Versäumnisse der zum Schwören ernannten jene Rechtswohlthat nicht zu.

Ausser diesen Bestimmungen verdienen aber noch folgende verwandte Gegenstände einer rechtlichen Feststellung:

a) Wenn die vom Gegner zuerst gewählten juraturi insgesammt ihre Unwissenheit von der Sache eidlich erhärtet (das jusjurandum ignorantiae geleistet) haben, so dürfte der wider den Gegner eingetretene Verdacht einer gefährdevollen oder sorglosen Auswahl der

Schwörenden den Richter, damit solche mehrere Eidesleistungen vermieden werden, ermächtigen: die sämmtlichen übrigen streitenden Gemeinheitsglieder zu befragen: ob sie von der Sache etwas wissen[12]), sodann diejenigen, welche dieß bejahen, dem Gegner als solche zu benennen, aus welchen allein er neue juraturos zu wählen habe. Dieß ist der Sächs. Erl. Proc. Ordnung um so gemäßer, als diese a. O. den Gegner verpflichtet, solche zu wählen, die von der Sache die beßte Wissenschaft haben[13]). Weil überdieß der Richter befugt ist, einer Parthei, deren Gefährde bei einer Proceßhandlung hervorleuchtet, den Gefährde-Eid aufzulegen, so muß ihm noch vielmehr erlaubt sein, durch zweckmäßige Schritte die Gefährde unmöglich zu machen. Sollten sich auf jene gerichtliche Befragung nicht einmal drei Communglieder erklären, von der Sache etwas zu wissen, so tritt wider die Gemeinheit oder Genossenschaft der Nachtheil der Nichtleistung des Haupteides ein, ohne daß erst weitere Unwissenheits-Eide abzunehmen wären, welche hier um so überflüssiger sind, als nicht selten unter dem Vorwande der Unwissenheit sogar das Wissen des Gegentheils dessen, was beschworen werden soll, verborgen liegt, auch nicht zu vermuthen steht, daß Communglieder zu ihrem eigenen Nachtheil eine Unwissenheit von der Thatsache vorgeben würden, worüber sie eine der Commun beifällige Kenntniß offenbaren könnten. b) Hätte in dem vorhin angegebenen Falle der Richter jene Befragung der übrigen Communglieder unterlassen, oder auch bei weiter vom Gegner erfolgter Auswahl von unwissenden juraturis nicht vorgenommen, so läßt sich, wenn er bereits der Mehrheit der Communglieder den Unwissenheits-Eid abgenommen hat, deshalb keinesweges behaupten: als ob es der weitern Auswahl von juraturis für den Haupteid nicht weiter bedürfe. Denn, betrifft der Proceß die oben sub A. a. und B. beschriebenen Commun-Streitigkeiten, so liegt schon in deren Untheilbarkeit die Folgen, daß selbst die Minorität und Einzelne den Proceß darüber fortzustellen befugt sind, welches auch von untheilbaren Streitsachen bloßer Genossenschaften gilt. Sind aber die Streitsachen der Commun von der oben sub. A. b. beschriebenen Art, mithin die Qualität der Communsache von dem Beisammenbleiben der Mehrheit der Communglieder abhängig, oder liegen theilbare Streitgegenstände bloßer Genossenschaften vor, so liegt doch überhaupt in dem Umstande, daß die Mehrheit durch

---

12) Caudlitz, pag. 98.

13) Die Altenb. u. Goth. Proceßordnung P. I. Cap. XV. §. 7. giebt in diesem Falle dem Richter sogar die Befugniß, die juraturos selbst zu ernennen.

Leistung des Unwissenheits-Eides erklärt hat: sie wisse von der auf den Haupteid gestellten Thatsache nichts, noch keine Verzichtleistung derselben auf den Proceß, da sie im Vertrauen auf die beifällige Wissenschaft anderer ihrer Streitgenossen, sollten diese über die fremde Thatsache auch nur de credulitate schwören wollen, fortzustreiten befugt ist.

c) Auf eine Commun oder Genossenschaft, die nur aus 2 oder 3 Gliedern besteht, ist die Sächs. Erl. (Altenburg. u. Gothaische) Proc. Ordn. a. O. gar nicht anwendbar, da darin solche Corporationen vorausgesetzt werden, die aus mehrern Gliedern bestehen und für welche um Vervielfältigung der Eide zu vermeiden, nur 2, 3 oder 4 ihres Mittels schwören und dießfalls die ganze Corporation repräsentiren sollen. Weil nun bei solchen kleinen Corporationen eine Eideshäufung, als welche den Gesetzgeber zu der Ausnahme von der Regel: daß die streitenden Theile die Eide in Person zu leisten haben, bewogen hat, von selbst wegfällt, auch das gemeine Recht dießfalls keine besondere Bestimmung darbietet [14]), so sind die 2 oder 3 Communglieder oder Genossen insgesammt zur Eidesleistung zu ziehen, ohne dem Gegner oder der Gemeinde noch eine Auswahl zu gestatten. Die Folgen, wenn bei einer aus 2 Gliedern bestehenden Gemeinheit nur einer, oder bei einer aus 3 Gliedern bestehenden Commun nur einer oder zwei schwören, sind nach Analogie der Verzichtleistung Einzelner auf den Proceß (vergl. oben sub. A. und B.) und bei einer Genossenschaft mit Rücksicht auf die Theilbarkeit oder Untheilbarkeit des Streitgegenstandes zu beurtheilen. — Verschieden davon ist aber der Fall: wenn von größern Communen bereits soviel das jusjur. ignorantiae geleistet haben, daß nur noch 3 Glieder der Commun zu Leistung des Haupteides übrig sind. Sollten nämlich diese drei nicht sämmtlich den Haupteid schwören können, sondern nur einer oder zwei sich dazu erbieten, so trifft der Nachtheil des nicht geleisteten Haupteides die ganze Commun. K.

---

14) Dieses enthält über Gemeinheits-Eide nur die zwei sich ungleichen Vorschriften in l. 2. §. 5. in fin. C. de jurejur. propter calumn.: daß eine Gemeinheit den Gefährde-Eid durch die Mehrheit zu leisten habe, und in l. 97. ff. de condit. et demonstr.: daß die Municipes einen ihnen bei einem Legate aufgelegten Eid durch diejenigen leisten können, welche die Geschäfte des Municipii verwalten. Vergl. Martin, Lehrb. des bürgerl. Processes. §. 215. Note f.

XXXIII.

Geht durch den Gebrauch der erkauften Sache oder durch deren anderweite Veräußerung das Recht des Käufers, wegen heimlicher Fehler, die Sache zurückzugeben oder auf Minderung des Kaufschillings anzutragen, verloren? *)

Wegen fehlerhafter Beschaffenheit verkaufter Gegenstände, die dem Käufer vor Augen lag, steht demselben die actio redhibitoria vel quanti minoris bekanntlich nicht zu [1]), sondern nur wegen heimlicher, nicht ganz unbedeutender Fehler, wo ihm die Gesetze zugleich zwischen beiden Rechtsmitteln die Wahl gestattet haben, dafern nicht die redhibitorische Klage bereits früher verjährt ist [2]). Hat der Verkäufer wegen der Mängel des Kaufgegenstandes sich ausdrücklich verantwortlich gemacht, so stehen dem Käufer zu Anstellung der Wandelklage 6 Monate und zum Gebrauch der Minderungsklage 12 Monate offen; im entgegengesetzten Falle aber zu ersterer Klage 2 Monate, zu letzterer 6 Monate [3]). Diese Verjäh-

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen. v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe. Th. II. S. 80 — 85.

1) l. 1. §. 6. l. 14. §. ult. l. 48. §. 3 et 4. ff. de aedilit. edict. l. 15. §. 1. l. 43. §. 1. ff. de contrah. emt. Berger, Oec. jur lib. III. Tit. VIII. thes. 6. not. 2. Archiv für die Civilist. Praxis. Bd. IV. St. I. Num. V. Curtius, Handbuch des Churs. Civilrechts. §. 1292.

2) l. 48. §. 1 et 2. ff. de aedilit. edict. l. 25. §. 1. ff. de exc. rei judic.

3) l. 28. l. 31. §. 22. l. 38. pr. l. 19. §. fin. l. 55. ff. de aedilit. edict. Diese Verjährungsfristen gelten auch wider eine actionem emti, welche Käufer anstatt jener Klagen und lediglich unter den Bedingungen derselben gebrauchen kann. Erkenntniß des vormal. K. Sächs. Appellationsgerichts in S. Baruch's ∺ Bodemer, 1817. P. II. A. Num. 104. Wird aber die actio emti auf Wissenschaft des Verkäufers von den heimlichen Fehlern gegründet, so verjährt sie erst in 30 Jahren (Jahr und Tag). Erkenntniß desselben Gerichtshofes in S. Hecker's ∺ Langen. 1825. P. II. A. Num. 16. verglichen mit l. 4. §. 4. de aedilit. edict. und l. 13. ff. de act. emti.

rungszeit wird erst vom Tage der Entdeckung der Fehler an gerechnet [4]). Daß nun der Käufer noch vor Ablauf dieser Verjährungsfristen schon dadurch beider Rechtsmittel verlustig gehe, wenn er inmittelst den erkauften Gegenstand in Gebrauch genommen oder selbigen anderweit veräußert habe, behaupten zwar mehrere Rechtslehrer [5]), allein ohne von Gesetzen unterstützt zu sein, die ihnen sogar entgegenstehen. Nämlich, wenn bei angestellter Wandelklage der Verkäufer verurtheilt wird, die verkaufte Sache wieder anzunehmen und den Kaufschilling herauszugeben, so ist der Käufer berechtigt, auch den immittelst auf die Sache gemachten Aufwand von Verkäufern zu fodern, und dagegen verbunden, dem Verkäufer die immittelst gezogenen Nutzungen zu erstatten und den Werth der durch ihn der Sache zugefügten Verschlechterung zu vergüten. [6]). Die Minderungsklage aber kann mehrere Male angestellt werden, wenn sich nämlich bei fortgesetztem Gebrauche der Sache neue Fehler derselben gezeigt haben [7]), wie denn überhaupt die heimlichen Fehler der Sache erst bei ihrem wirklichen Gebrauche und nicht selten erst bei Fortsetzung desselben hervorzutreten pflegen [8]). Selbst durch anderweite Veräußerung der Sache wird der Käufer der Wandelklage nicht verlustig, wenn er sich die Sache nachher wieder verschafft hat [9]). Da nun diese gesetzlichen Bestimmungen beide Klagen sogar unter ausdrücklicher Voraussetzung einer immittelst durch den Käufer erfolgten Anmaßung und Benutzung der Sache zulassen, so widerlegt sich die angeführte entgegengesetzte Meinung von selbst. Sie widerspricht auch dem Zwecke des Aedilischen Edicts in l. 1. §. 2. cit.: „ut occuratur

---

4) l. 55. ff. de aedilit. edict.

5) Zum Beispiel Mevius, P. IV. decis. 341. Hommel, rhaps. 536. Claproth, von vorsichtiger Eingehung der Verträge. II. S. 921. Curtius a. O. §. 1298. Num. 3. u. §. 1293. Num. 6.

6) l. 29. §. 3. ff. de aedilit. edict. l. 30. §. 1. l. 23. §. 9. l. 24 et 25. eod. 7) l. 31. §. 16. ff. de aedilit. edict.

8) l. 38. §. 8 et 9. l. 48. §. 7. eod.

9) l. 42. §. 8. ff. eod. l. 16. §. 2. ff. de evictionib. Die für die entgegengesetzte Meinung von Mevius angeführte l. 47. ff. de aedil. edict. spricht bloß von dem besondern Falle, wo der Käufer eines Sklaven selbigen nachher freigelassen hat. Vergl. l. 25. ff. de evictionib. Auch läßt sich mit Mevius nichts darauf setzen, daß der Käufer durch anderweite Veräußerung der Sache selbige für gut anerkenne, denn dafür hat sie der Käufer schon bei seinem eigenen Ankauf bis zu Entdeckung des Fehlers gehalten und kann sie nachher wegen des hervorgetretenen Fehlers um einen geringern Preis weiter verkauft haben, ohne dadurch gegen seinen Verkäufer auf Preisverminderung verzichten zu wollen.

fallaciis vendentium et emtoribus succuratur", und bei beiden Klagen sollte der Käufer nicht erst genöthigt werden, die Wissenschaft des Verkäufers von den Fehlern der Sache zu beweisen, als wodurch sie sich von der actione emti unterscheiden[10]). Wollte man dagegen von dem Augenblicke an, wo der Käufer die Sache zu benutzen anfängt, ihn dieser Rechtsmittel für verlustig achten, so würde die durch den Gebrauch der Sache selbst herbeigeführte Entdeckung der heimlichen Fehler zu spät kommen und die ihm durch das Aedilische Edict zugesicherte Hilfe fast gänzlich zu Nichte gemacht werden. Auf eine stillschweigende Verzichtleistung läßt sich dieser behauptete Verlust beider Rechtsmittel auch nicht gründen, denn vor Entdeckung der heimlichen Fehler, wozu eben der Gebrauch der Sache führt, befindet sich der Käufer darüber in Unwissenheit, welche von selbst eine stillschweigende Verzichtleistung ausschließt, nach erfolgter Entdeckung derselben hingegen haben ihm die Gesetze auf einer Seite eine Verjährungsfrist gestattet, binnen welcher er von dem einen oder andern Rechtsmittel noch Gebrauch machen kann, auf der andern Seite aber auch selbst für den Fall der Redhibition den Fortgebrauch der Sache bis zu deren wirklichen Rückgabe dadurch erlaubt, daß sie ihn verpflichten, die Sache nebst den bis zur Rückgabe gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen an Verkäufern herauszugeben[11]).

Indeß hat das vormal. Königl. Sächs. Appellationsgericht in neuerer Zeit mehrmals darauf erkannt, daß der Käufer einer mit heimlichen Fehlern behafteten Sache sich durch den Gebrauch derselben des Rechts auf Preisverminderung verlustig mache.

Von dem bisher entwickelten Rechtsverhältnisse, welches die selbst nach angefangenem Gebrauche der erkauften mit heimlichen Fehlern behafteten Sache dem Käufer noch fernerhin bis zum Ablauf der Verjährungsfristen zustehenden Rechte auf Redhibition oder Preisverminderung zum Gegenstande hatte, sind aber zwei andere Fälle wohl zu unterscheiden:

a) wenn der Käufer verzehrlicher Sachen selbige zum Theil oder ganz verbraucht hat, so kann er nicht mehr auf Redhibition der Sache antragen, da diese hierdurch unmöglich geworden ist[12]).

b) wenn sich der Käufer einer Waare anmaßt, die ihm Verkäufer in schlechterer (jedoch sichtbarer) Beschaffenheit und Sorte, als bestellt war, zugesendet hat, so wird der Ankauf dieser Waare,

---

10) l. 4. §. 4. ff. cit. l. 13. ff. de act. emti.

11) l. 23. §. 9. ff. de aedilit. edicct.

12) Diesen Fall hat Mevius a. O. von dem Falle des bloßen Gebrauchs der Sache nicht gehörig unterschieden.

durch deren Anmaßung selbst perfect und der Käufer willigt dadurch stillschweigend in diesen Kauf über ein anderes Object[13]), wofür er aber nur den gewöhnlichen Preis für solche geringere Sorte zu bezahlen verbunden ist[14]), dafern er nicht mit den Waaren zugleich eine Anzeige der Preise derselben angenommen hat, ohne dagegen sofort Widerspruch einzulegen, welchenfalls er diese Preise zu erlegen hat[15]). K.

XXXIV.

Kann eine Ehefrau aus Rechtsgeschäften, die sie als Verwalterin des Hauswesens mit einem Dritten eingegangen hat, selbst belangt werden? *)

Daß Ehefrauen Geschäfte, welche sich auf das ihrer Sorge überhaupt anvertrauete Hauswesen beziehen, ohne besondern Auftrag oder Ratihabition des Ehemannes, gültig eingehen können, sollte auch daraus eine wirkliche Verwendung in die Hauswirthschaft

*) Erörterung practischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe. Th. II. S. 113 — 115.

13) l. 10. ff. de contrah. emt. l. 5. ff. ratam rem haberi. Meine Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. Naumburg, 1817. §. 15. Num. 5.

14) Von Berg, jurist. Beobachtung und Rechtsfälle. Th. II. Num. 14. S. 123. Erkenntniß des vormal. Königl. Sächs. Appellationsgerichts in S. Hoffer's und des von Stadler ÷ Schmidt. 1821. P. I. A. Num. 140.

15) Hommel, rhaps. 536, welcher aber diesen Fall mit dem im vorstehenden Aufsatze entwickelten vermischt. Uebrigens kann ich dessen Behauptung a. O., daß die exceptio redhibitionis et quanti minoris unverjährbar sei, nicht theilen und habe mich in meiner Theorie der Verjährung, §. 52, darüber umständlich ausgesprochen, ohne daß mich seitdem neuere Juristen vom Gegentheile hätten überzeugen können. Nur, wenn der Käufer noch nicht sämmtliche Kaufgelder bezahlt hat, ist die Extinctivverjährung beider Einreden gegen ihn gehemmt, nämlich um deswillen, weil sich dann der durch die heimlichen Fehler entstandene Anspruch auf Verminderung des Kaufschillings mit dessen Rückstande selbst compensirt, der Käufer folglich keine Veranlassung zu einer Klage dießfalls hatte.

nicht erfolgt sein, sofern nicht der Ehemann gegen solche Geschäfte seiner Frau protestirt hat, ist bereits von Kind [1]) dargelegt worden. In dessen Deduction ist aber die Behauptung mit eingeflossen: es habe der Dritte die Wahl, aus solchen Geschäften entweder die Ehefrau oder den Ehemann zu belangen, weil ein Gleiches bei dem institore Rechtens sei [2]). Allein diese Analogie paßt nicht auf die Eheweiber, weil diese für ihre Ehemänner gegen einen Dritten sich nicht verbindlich machen dürfen [3]), mithin auch durch die Geschäfte des Hauswesens, dessen Bedürfnisse zu bestreiten lediglich dem Ehemanne obliegt, nicht verbindlich werden, aus ihren eigenen Mitteln zu zahlen. Auch ist nicht zu präsumiren, daß der Ehemann seiner Frau zu Bestreitung dieser Ausgaben eine Wirthschaftscasse überlassen habe. Daher hat das vormal. Königl. Sächs. Appellationsgericht in neuerer Zeit die Ehefrau hinsichtlich dieser Haushaltungsgeschäfte für anspruchsfrei, und lediglich den Ehemann für verbindlich daraus geachtet, ja die Einrede der Unverbindlichkeit der Frau als exceptionem juris [4]) Amts wegen beachtet in S. Carl Friedr. Pfau's ÷ Ernestine Wilhelmine verehel. Jäger. 1829. B. no. 387 und C. no. 349.

Uebrigens hat dieses Justizcollegium unter die Kategorie solcher hauswirthschaftlichen Geschäfte, welche der Ehefrau rechtlicher Vermuthung nach zukommen, auch das Miethen des weiblichen Gesindes, den Einkauf von Schmuck und Putzsachen für die Ehefrau selbst oder für die Kinder, so weit dieser Aufwand nicht die Grenzen des dem Ehemanne obliegenden standesmäßigen Unterhalts der Familie überstieg, ingleichen die Uebernahme eines bereits vom Ehemanne selbst gemietheten Logis mit Möbeln durch die Ehefrau, weil die Prüfung solcher Möbeln mehr Sache der Frau, als des Mannes ist, gerechnet. Zum Beispiel in S. Aaron Simonsin ÷ Johanne Frieder. Ernest. Böhmin. 1929. Num. 332; in S. Louisen Salome'n verw. Hauptmann und Cons. ÷ Carl Otto von Löwenstern 1820. P. II. A. Num. 14.

K.

---

1) Quaest. For. Ed. 2. T. III. cap. 111.

2) Nach l. 1. §. 17 et 24. ff. de a exercit. act. l. 7. §. 11. ff. de SCto Macedon.

3) l. 23. C. de SCto Vellejan. et Avt. si qua mulier. Thibaut, Syst. des Pandectenrechts, §. 948. Königl. Sächs. Mand. vom 6. Nov. 1828. §. 1, 2 und 7.

4) Thibaut, a. O. §. 944 und 946. Nur wenn die Ehefrau aus einer ungültigen Intercession bereits Zahlung geleistet hat, bleibt diese gültig. Angef. Königl. Sächs. Mandat, §. 8.

XXXV.

Ueber einige Beschränkungen in dem Gebrauche des Mühlwassers, damit nicht den tiefer liegenden, durch dasselbe Wasser getriebenen Mühlen Nachtheile zugefügt werden. *)

So wie das Königreich Sachsen noch einer allgemeinen Mühlenordnung entbehrt, indem die vorhandenen nur local sind [1]), so vermißt man insbesondere auch nähere Vorschriften über das Verhältniß mehrerer durch dasselbe Wasser getriebener Mühlen zu einander, wenn der Besitzer der höher liegenden Mühle das Mühlwasser verschwendet oder damit sonst zum Nachtheil der tiefer gelegenen Mühlen Mißbrauch treibt [2]).

Der Besitzer einer höher gelegenen Mahl-Mühle hatte zum Nachtheil der zunächst gelegenen unteren Mahl-Mühle:

1) den Damm seines Mühlgrabens nicht in wasserdichtem Stande erhalten, sondern theils auf der Oberfläche desselben Vertiefungen entstehen lassen, theils die Mäuselöcher im Damme nicht verstopft, so, daß, wenn er das Mühlwasser bei Wassermangel schützte, viel Wasser aus dem Mühlgraben in die anliegenden Felder und Wiesen ausfloß und dort versickerte:

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe. Th. II. S. 116 — 119.

1) Haubold, Lehrb. des Königl. Sächs. Privatrechts. §. 366. Note a. — Für eine neue Gesetzgebung über das Mühlenrecht könnten benutzt werden: die Mühlen-Ordnung in der alten Gothaischen Landesordnung vom J. 1666. P. II. Cap. III. Tit. 46. und in der Altenburg Landesordnung vom J. 1705 (unverändert im J. 1742 wieder abgedruckt), S. 250 u. f., und das Königl. Preuß. Gesetz wegen des Wasserstaues bei Mühlen und Verschaffung der Vorfluth vom 15. Novbr. 1811. Gesetzsamml. von dies. J. Num. 60. S. 352 — 356.

2) Einige aus der Natur der Sache abgeleitete Grundsätze dießfalls entwickelt Pfotenhauer: Einige Begriffe und Grundsätze für Juristen, welche Mühlenprocesse zu beurtheilen und zu entscheiden haben; in Zachariä Annalen der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in den Ländern des Churfürsten von Sachsen. Th. II. Num. 11. Man vergleiche auch Klingner's Sammlungen zum Dorf- und Bauernrecht. Th. IV. Cap. VI.

2) Das Grundeis, welches während des Schützens des Mühlwassers im Winter bei hartem Frost im Mühlgraben entstanden war und den Mühlgraben verstopfte, nicht zeitig aufgehauen;

3) mehrmals so hoch geschützt, daß das Wasser des Mühlengrabens über dessen Damm gestiegen und auf die daneben gelegenen Grundstücke gelaufen und verloren gegangen war;

4) zur Unzeit geschützt, nämlich schon dann, wenn für den Betrieb eines Mühlganges noch hinreichend Wasser vorhanden war, da er vielmehr erst dann zum Schützen hätte schreiten sollen, wenn das Wasser selbst für einen Mühlgang nicht mehr ausreichte [3]); endlich

5) von dem vorzunehmenden Schützen des Wassers dem untern Müller vorher keine Nachricht ertheilt. Wenn daher letzterer bereits Getreide aufgeschüttet gehabt, als ersterer plötzlich schützte, so war jenes Getreide zach und zum Mahlen untauglich, auch die Mühlensteine verschmiert worden. Hinsichtlich des letzten Umstandes läßt sich freilich im Allgemeinen keine Zeit bestimmen, wie lange vorher das Ansagen des Wasserschützens an den untern Müller geschehen müsse, da dieses von der örtlichen Beschaffenheit der nachbarlichen Mühlen, von der Stärke des Wassers und der Natur des Mühlenwesens abhängt.

Zu Abhilfe dieser dem untern Müller nachtheiligen Ungebührnisse des obern Müllers, worauf jener wider diesen eine Civilklage angestellt hatte, wurde vom vormal. Königl. Sächs. Appellationsgericht auf die von Klägern wider das ihm abfällige Definitivurthel eingewandte Appellation reformatorisch dahin erkannt (1827 II. B. Num. 35):

„Daß Beklagter schuldig ist:

1) bei 5 Thaler Strafe, welche auf den Verzögerungsfall zu erhöhen ist, den Damm seines Mühlgrabens in einen wasserfesten Stand zu setzen, wie selbiger von 3 eidlich zu verpflichtenden Sachverständigen, deren einen Kläger, den zweiten Beklagter zu ernennen hat, der dritte aber Gerichtswegen zuzuordnen ist, mit Rücksicht auf die dermalige mangelhafte Beschaffenheit dieses Dammes zu bestimmen ist, und hat das Untergericht, nach erfolgter Feststellung der Art dieser Damm-Reparatur dem Beklagten die Vollziehung derselben bei obiger Pön binnen gewisser Frist aufzugeben;

2) bei gleicher Pön das in seinem Mühlgraben zur Winterszeit entstehende Grundeis bei Zeiten aufzuhauen;

3) bei 20 Thlr. Strafe sich eines solchen Schützens seines Mühlgraben-Wassers, wodurch das Wasser über den Damm seines Mühlgrabens getrieben wird, zu enthalten;

3) Pfotenhauer a. D. S. 157.

4) bei gleicher Pön das Schützen seines Mühlgraben-Wassers für die Zeit, wo selbiges zum Betrieb eines Mühlganges, ohne angedämmt zu werden, hinreicht, zu unterlassen;

5) bei 5 Thlr. Strafe das jedesmalige Schützen seines Mühlgraben-Wassers dem Kläger so zeitig vorher anzumelden, daß Letzterer nicht in dem Mahlen des bereits aufgeschütteten Getreides unterbrochen werde, und zwar ist die Zeit, wie lange vorher Beklagter dem Kläger das jedesmalige Schützen seines Mühlwassers anzusagen hat, durch drei auf die oben unter Num. 1. angegebene Weise zu ernennende Sachverständige mit Rücksicht auf die örtlichen Verhältnisse der Mühlen beider Partheien festzustellen."

XXXVI.

Ist der mit einem Geldpaquet Zahlende verbunden, einem Dritten den richtigen Betrag der darauf angezeigten Geldsumme zu gewähren? *)

Jede Zahlung setzt zwei bestimmte Personen voraus, einem Schuldner und einen Gläubiger, und die Verbindlichkeit des Erstern wird damit getilgt, wenn er das rechte Object in der gehörigen Qualität und Quantität, worauf der Gläubiger das Recht hatte, demselben übereignet [1]). Hat der Gläubiger das erhaltene Zahlungsobject, welches heimliche Fehler hatte, in gutem Glauben weiter veräußert, so kann der zweite Empfänger nur gegen seinen Tradenten auf Schadloshaltung klagen [2]), nicht gegen den ersten Ausgeber, sollte auch dieser seinem Gläubiger ausdrücklich die Versicherung gegeben haben, die Zahlung sei richtig. Selbst wenn der erste Ausgeber eines Waarenpaquets oder Fasses mit gefülltem Wein auf dem Umschlage oder auf dem Fasse die Sorte, Quantität und Qualität des Inhalts angezeichnet und seinen Namen darunter geschrieben

---

*) Erörterung praktischer Rechtsfragen v. Langenn u. Kori. 2te Ausgabe. Th. III. S. 53 — 58.

1) l. 50. ff. de solutionib. (46. 3.) l. 61. eod.

2) l. 18. pr. ff. de aedilit. edict. (21. 1.) l. 19. §. 5. eod. l. 23. §. 5. eod.

hätte, wäre er für die Richtigkeit dieser Anzeige nur demjenigen verhaftet, dem er aus dem Vertrage den Gegenstand zu liefern hatte, nicht einem Dritten, in dessen Hände nachher die Waare gekommen ist. Denn jene Aufschrift ist nur als ein an seinen Contrahenten, gegen den er seine Verbindlichkeit erfüllen will, gerichteter Brief zu betrachten und macht nur einen Theil des Ablieferungsgeschäfts aus, selbst wenn die Waare ohne besonderes Schreiben an den Promissar abgesendet worden wäre. Letzterer ist verbunden, zu rechter Zeit den Inhalt des Paquets oder Fasses zu untersuchen, und verliert, wenn er diese Zeit verabsäumt, seinen persönlichen Anspruch gegen den Tradenten auf Ersatz der fehlenden Quantität oder Qualität [3]). In diesem Falle sowohl, als wenn er von dem Tradenten dafür bereits Entschädigung erhalten oder sich mit demselben verglichen hat, ist letzterer liberirt, sollte auch das Paquet oder Faß inmittelst oder nachher mit jener unrichtigen Aufschrift, vielleicht mit denselben Siegeln (dafern der Empfänger den Mangel schon aus dem Gewicht entdeckte und dafür Entschädigung erhielt) in die dritte Hand gekommen sein. Aus welchem Grunde wollte man nämlich behaupten, daß durch eine solche Aufschrift der erste Ausgeber der Waare gegen Jedermann zu Gewährung des angezeigten Inhalts verbindlich werde, da selbige nicht an Jedermann gerichtet, und überhaupt bei dem mit dem Contracte in Verbindung stehenden Ablieferungsgeschäft an einen Dritten nicht gedacht worden ist. Der erste Absender kann doch nur verbunden sein, einmal die Mängel des abgelieferten Objects zu ersetzen, nämlich seinem Gläubiger, niemals aber einem dritten, vierten ꝛc. Empfänger, mit dem er in keinem Obligationsverhältniß steht. Gegen diese ihm unbekannten Personen hat er sich weder stillschweigend verpflichtet — denn auch ein aus stillschweigender Einwilligung abgeleiteter Vertrag setzt zwei bestimmte Personen voraus, die mit einander Verkehr gepflogen haben [4]) — noch ist sein Wille, jene dritten Personen wegen seiner falschen Waaren-Bezeichnung zu entschädigen, zu präsumiren, da, wenn er das Falsum wissentlich beging, seine betrügliche Absicht jene Präsumtion von selbst ausschließt, wenn er hingegen unwissentlich aus bloßem Versehen die in der Aufschrift bezeichnete Waare nicht wirklich beifügte, ihm der Gedanke an einen Schadenersatz nicht beiwohnte. Mit unserer Ansicht stimmen auch die analogen Vorschriften über Evictionsleistung überein, welche dem Verletzten eine persönliche

---

3) l. 19. §. 6. de aedilit. edict. (21. 1.)

4) Meine Abhandlung über die stillschweigende Willenserklärung bei rechtlichen Geschäften. Naumburg. 1817. §. 10. u. folg.

Klage zunächst nur gegen seinen Contrahenten auf Entschädigung gestatten [5]).

Auch Geldpaquete sind eine Waare, womit der Schuldner seinem Gläubiger Zahlung leistet, und es findet sich in dem Kreise des rechtlichen Verkehrs mit Umsetzung von Geldern und Waaren kein einziger Anhaltpunct, den Ausgeber eines Geldpaquets, dessen Inhalt von ihm, sei es aus böser Absicht oder aus Versehen, unrichtig angegeben worden, selbst gegen einen spätern dritten Besitzer verantwortlich zu machen und diesem wider ihn ein jus in re zu gewähren. Ein solcher Rechtssatz wäre um so ungerechter, als ja der Ausgeber im umgekehrten Falle, wo er auf der Aussenseite eines abgelieferten Geldpaquets eine geringere Summe, als wirklich darin enthalten ist, angegeben hätte, auch nur von seinem Gläubiger das indebite Gezahlte zurückfodern kann, nicht aber von dem dritten Besitzer, der das Paquet geöffnet und die Gelder verwendet hat.

Die Bestimmung der Leipziger Wechselordnung, §. 13., wonach der Inhaber eines indossirten nicht bezahlten Wechsels sofort sich an den Aussteller des Wechsels halten kann, giebt für unsere Frage keinen Entscheidungsgrund ab, da die bloße Ausstellung einer Tratte keine wirkliche Zahlung ist, sondern nur eine Anweisung dazu an einen Dritten, und da die Tratte selbst keinen innern Werth hat, wie die Waare. — Eben so wenig läßt sich die Cession einer persönlichen Foderung, woraus der Cessionar als Dritter gegen den debitorem cessum ein Recht auf Befriedigung erlangt, als eine Analogie für unsern Fall ansehen. Denn der Cessionar tritt nur in die Stelle des persönlich berechtigten Gläubigers wegen einer noch ausstehenden Foderung, die ihm Letzterer speciell abgetreten hat. Unser Fall hingegen richtet sich auf die Frage, ob ohne Cession des bezahlten Gläubigers ein Dritter, an welchen das mangelhafte Zahlungsobject weiter veräußert worden, sofort den ersten Ausgeber des Zahlungsmittels auf Ersatz des Mangels in Anspruch nehmen könne.

Selbst der Staat, ob er schon dafür, daß die in seinen Münzstätten ausgeprägten Münzen die darauf angezeigte Quantität Gold, Silber oder Kupfer enthalten (richtiges Schrot und Korn), zu haften hat, ist, wenn in der Staats-Münzerei aus Versehen oder Betrug der Münzofficianten Münzen zu geringhaltig geprägt worden wären, nicht verbindlich, jeden dritten Besitzer solcher Münzen dafür zu entschädigen, sondern dieser hat sich nach dem

---

5) l. 1. l. 59. l. 61. l. 70. ff. de evictionib. (21. 2.) Thibaut, System des Pandektenrechts. §. 185.

Rechtssatze: Hand muß Hand wahren, zunächst an seinen Tradenten (auctorem) zu halten, und so schreitet der Regreß durch die Reihe der früher mit diesen falschen Münzen Zahlenden zurück bis an den Staatsfiskus. Denn die oben aufgestellten allgemeinen Grundsätze sind für diesen Fall durch kein Gesetz abgeändert worden [6]).

Indeß hat das Königl. Sächs. Appellationsgericht in Sachen: Sorge — Salomo, 1830. C. Nummer 237., auf die entgegengesetzte Ansicht erkannt und dem dritten Empfänger des Geldpaquets den Regreß unmittelbar gegen den ersten Ausgeber gestattet, weil in der Versiegelung mit dem eignen Siegel, in der Aufschrift des Paquets nebst Unterschrift und dem Ausgeben stillschweigend das Versprechen einer Garantie des Inhalts gegen jeden künftigen Besitzer liege; aber auch bei der höchsten Behörde darauf angetragen, diesen Rechtssatz gesetzlich auszusprechen.

XXXVII.

Ueber nicht acceptirte Renunciationen. *)

§. 1.

Unsere Pandektencompendien tragen in dem allgemeinen Theile die Lehre von der Renunciation häufig [1]) auf eine Weise vor, die recht geeignet ist, dem Leser die Meinung beizubringen: sie sei ihrem Begriffe nach eine einseitige Erklärung des Berechtigten; sie bedürfe mit anderen Worten keiner Acceptation Desjenigen, dem sie zum Vortheil gereicht, um den Renunciirenden zu binden, um

---

*) Archiv für die civilistische Praxis. v. Professor Dr. Fritz zu Freiburg. Bd. VIII. S. 389 — 395.

6) Auch ist der Staatsfiskus nicht nach leg. 1. §. 3. ff. de aedil. edicto (21. 1.) zu beurtheilen, sondern nach l. §. 4. eod.

1) Anders wird freilich die Sache dargestellt in Thibaut's System des P. R. §. 143; aber eine Vergleichung des §. 634. im A. möchte es zweifelhaft machen, in welcher Ausdehnung jene Stelle zu verstehen sei.

ihn seines Rechtes verlustig zu machen. Diese Meinung des Lesers wird auch nicht wenig bestärkt durch die Art, wie in dem besonderen Theile in der Lehre von den dinglichen Rechten von dem Verluste dieser durch Renunciation geredet zu werden pflegt; und er ist geneigt, es für eine Singularität zu halten, wenn er in der Lehre von den Forderungen liest, daß Forderungen erst alsdann durch Erlassung verloren gehen, wenn diese durch Acceptation zu einem remissorischen Vertrag erhoben worden ist. Wirklich scheint dieses auch die gewöhnliche Meinung der Rechtslehrer zu sein.

Gewiß wird es aber Jedermann inconsequent finden, daß ein Recht durch einseitige Erklärung des Berechtigten, ohne Acceptation von Seiten Desjenigen, dessen Rechtssphäre durch seine Existenz beschränkt ist, verloren gehen soll, während die Begründung eines Rechts, die doch nicht wichtiger ist als das Aufgeben, in der Regel nicht durch einseitige Erklärung dessen, der dadurch verliert, möglich ist, sondern die Concurrenz Desjenigen erfordert, der es erwerben soll.

In diesem Aufsatze will ich die Frage zu beantworten suchen: ob das römische Recht sich diese Inconsequenz wirklich zu Schulden kommen läßt?

§. 2.

Daß zu einem wirksamen Verzicht auf ein nur deferirtes, noch nicht acquirirtes, Recht keine Acceptation erfordert werde, leidet keinen Zweifel[2]). Eben so wenig läßt es sich bezweifeln, daß unter den erworbenen Rechten das Eigenthum durch einseitige Erklärung des Eigenthümers wirksam aufgegeben werden kann[3]). Aber in dem letzten Falle ist das Gesagte bekanntlich auch nur alsdann wahr, wenn die Erklärung darauf geht, daß die Sache zunächst Herrnlos werden solle; geht sie dagegen darauf, daß das Eigenthum auf eine bestimmte andere Person übergehen solle, so ist, wenn nicht alle Bedingungen der Eigenthumsübertragung durch Tradition vorhanden sind, wozu bekanntlich auch eine Concurrenz des Erwerbenden gehört, nicht bloß der Theil der Erklärung, wonach ein Anderer das Eigenthum erwerben soll, sondern auch der, wonach der Handelnde es verlieren will, nichtig, kurz, die ganze Willenserklärung hat durchaus keine Wirkung, auch nicht die, daß die Sache Herrnlos wird[4]). Sollte nicht der dieser Di-

2) S. die Lehre von dem Verzicht auf deferirte Erbschaften und Vermächtnisse.

3) S. die Lehre von der Dereliction des Eigenthums.

4) S. die Lehre von der Erwerbung des Eigenthums durch Tradition.

stinction zu Grunde liegende Gesichtspunkt allgemein im römischen Rechte herrschen? Sollte es nicht allgemeiner Grundsatz des römischen Rechts sein, daß eine einseitige Renunciation auf bereits erworbene Rechte nur alsdann wirksam ist, wenn das Aufgegebene zunächst Niemanden zufallen soll, daß dagegen sobald die in dem fraglichen Rechte liegenden Vortheile auf einen Anderen übergehen sollen, sobald ein Anderer durch die Renunciation gewinnen soll, dieser die Renunciation acceptiren muß, wenn sie irgend Wirkung haben soll? Daß dieses allerdings der Fall sei, will ich durch Erörterung der einzelnen Klassen der hierher gehörigen Fälle nachzuzeigen suchen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, daß, wenn Rechte mit Verbindlichkeiten enge verbunden sind, das Aufgeben derselben keine reine Renunciation ist, und daher nicht hierher gehört.

§. 3.

I. Daß Forderungen nur durch einen Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner gültig erlassen werden können, ist als völlig ausgemacht anzusehen [5]). Diese Regel leidet auch keine Ausnahme bei der auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Societät und Miethe, denn diese Verträge begründen rein zweiseitige Obligationen, wobei Aufkündigung kein wahrer Verzicht ist; und eben so wenig bei dem Mandat und dem Mutuum, denn hier liegt die Möglichkeit der einseitigen Aufkündigung (welche übrigens nicht immer als Verzicht erscheint) in der Absicht der Contrahenten. Dagegen möchte diese Regel insofern Ausnahmen erleiden, als das Aufgeben einer Forderung zu einem der drei Fälle gehört, in welchen eine bloße Pollicitation durch die Gesetze für verbindlich erklärt wird; also [6]) erstens, wenn durch das Erlassen einer Forderung eine Dos bestellt werden soll, zweitens, wenn sie einer milden Stiftung durch ein Gelübde erlassen wird, und endlich drittens, wenn sie einer Stadt erlassen wird, dabei auf Geld oder auf Verlust eines opus geht, und es nicht an der zu einer gültigen Pollicitation erforderlichen causa fehlt.

§. 4.

II. Was die dinglichen Rechte, und zwar die jura in re aliena betrifft (denn von dem Eigenthum war bereits die Rede), so möchte

---

5) Fr. 91. D. de solutionib. et liberationib. (46. 3.) Höpfner im Commentar §. 731. N. 1.

6) Vgl. Thibaut Syst. §. 981, von Wening-Ingenheim Lehrb. B. III. §. 92. B. IV. §.

1) in den von Erlassung eines Pfandrechts redenden Stellen deutlich gesagt sein, daß diese nur vertragsweise geschehen könne. Denn einmal reden alle Stellen, in welchen von ausdrücklicher Erlassung die Rede ist, von einem Vertrag [7]); sodann wird in allen, in den Gesetzen angegebenen Fällen, einer stillschweigenden Erlassung zu dieser im Handeln des Verpfänders erfordert [8]); und endlich wird sogar noch ausdrücklich die Frage aufgeworfen: ob die Acceptation auch durch den Procurator des Schuldners wirksam geschehen könne [9])? eine Frage, die offenbar überflüssig sein würde, wenn die Acceptation gar nicht erforderlich wäre.

2) Unter den Seroituten sind

a) die persönlichen mit Verbindlichkeiten enge verbunden, so daß das Aufgeben derselben keine wahre Renunciation ist, und folglich nicht hierher gehört [10]).

b) Von den dinglichen wird uns nirgends gesagt: ob eine Acceptation zur Gültigkeit der Entsagung auf dieselben erforderlich sei oder nicht [11])? aber die Analogie des Pfandrechts und der Forderungen möchte wohl zu der Annahme nöthigen, daß sie allerdings erforderlich sei. Hiergegen möchte auch kein argumentum a contrario aus der Pandektenstelle [12]) entnommen werden können, welche, ohne der Eigenthümer des dienenden Gutes Erwähnung zu thun, heraushebt, daß wenn das herrschende Gut mehreren gehöre, nur eine Entsagung

---

7) fr. 9. §. 3. v. conventione D. de pigner. act. (13, 7.) fr. 8. §. 1. v. pacisii §. 2. v. pactum et v. paciscendo §. 3. v. convenerit §. 4. v. paciscatur §. 5. vacib. pacisci, concedere et pactione D. quib. mod. pign. vel hyp. solv. (20, 6.) c. 2. in f. C. de remiss. pign. (8, 26.) „Nam obligatio pignoris consensu et contrahitur et dissolvitur."

8) a) fr. 2. §. 1. fr. 3. D. de pact. (2, 14.) c. 7. C. de remiss. pign. (8, 26); b) fr. 9. §. 3. D. de pignor. act. (13, 7). fr. 50. §. 1. D. de jure dot. (23, 3); c) fr. 9. §. 1. fr. 12. pr. D. quib. mod. pign. (20, 6); d) fr. 4. §. 1. 2. fr. 8. §. 6. 7. 11 — 18. D. eod. tit. (20, 6). c. 2. 6. 8. C. de remiss. pign. (8, 26).

9) fr. 7. §. 2. fr. 8. §. 2. D. quib. mod. pign. (20, 6).

10) Uebrigens kann der Usufructuar den Ususfruct einseitig aufgeben und sich dadurch von seinen Verbindlichkeiten in Ansehung der Zukunft befreien. — fr. 64. D. de usufr. (7, 1) — nicht aber in Ansehung der Vergangenheit. — fr. 65. pr. cod. tit.

11) Vgl. fr. 34. pr. D. de S. P. R. (8, 3.) fr. 17. D. comm. praed. (8, 4.) fr. 8. pr. D. quomodm. servit amittuntur (8, 6).

12) fr. 34. pr. D. de S. P. R. (8, 3).

sämmtlicher Miteigenthümer wirksam sei; denn diese Stelle gehört offenbar zu den vielen Pandektenstellen, in welchen nur eine, vielleicht durch einen speciellen Fall veranlaßte, Frage über einen einzelnen Punkt beantwortet werden, alles Andere dagegen, wenn es auch mit dieser Frage in noch so naher Berührung stehe, unerörtert bleiben soll. Daß dieß der Fall ist, geht deutlich daraus hervor, daß in derselben Stelle in Beziehung auf die Bestellung einer dinglichen Servitut auch nur von den Eigenthümern des Guts, dem sie aufgelegt werden soll, gesagt wird, ihre allseitige Einwilligung sei erforderlich, während doch nach anderen deutlichen Stellen[13]) von den Eigenthümern des Guts, für welches sie bestellt werden soll, dasselbe gilt.

3) Das Recht des Superficiars, das des Emphyteuta und das des Vasallen gehören, als mit Verbindlichkeiten enge verbundene Rechte nicht hierher.

§. 5.

III. Was die Familienverhältnisse betrifft, so muß man die Ehe, die väterliche Gewalt und die Vormundschaft im Ganzen unterscheiden von den einzelnen dadurch begründeten Rechten.

1) Ehe und väterliche Gewalt begründen gegenseitige Rechte, das Aufheben derselben ist also keine wahre Renunciation. Die Vormundschaft zu führen ist Pflicht des Vormunds, von einer Renunciation von seiner Seite kann daher nicht die Rede sein. Der Bevormundete kann, eben weil er dieß ist, auf sein Recht verzichten. Die Obrigkeit endlich kann den Vormund nur entlassen, wenn es die Gesetze gestatten, und alsdann muß sie es; ausserdem ist die Entlassung von Seiten der Obrigkeit kein Privatrechtsgeschäft, und gehört aus diesen beiden Gründen nicht hierher.

2) Die einzelnen durch Ehe, väterliche Gewalt und Vormundschaft begründeten Rechte lassen größtentheils keinen Verzicht zu, und diejenigen, welche ihn zulassen, sind Vermögensrechte, und stehen als solche unter den bereits angegebenen Grundsätzen über Forderungen und dingliche Rechte[14]).

IV. Die sogenannten jura status gehören zum Theil, weil

---

13) fr. 5. 18. D. C. P. R. et U. (8. 4.) fr. 140. §. 2. D. de V. O. (45, 1).

14) Vgl. für die Ehe die Lehre von den Eheverträgen.

sie gegenseitig sind, nicht hierher, zum großen Theil lassen sie keinen Verzicht zu[15]), und das einzige, welches ihn zuläßt, das deferirte Erbrecht (wenn dieses zu dieser Classe von Rechten zu zählen ist), ist als bloß deferirtes Recht schon oben mit erwähnt.

[XXXVIII.]

Ist der Verkäufer verpflichtet, Mängel zu gewähren, die nur dem Auge des Kenners sichtbar sind? *)

Auch wegen solcher Fehler, bemerkt Glück [1]), die zwar dem Kennerauge nicht entgehen, aber doch dem unerfahrnen Käufer verborgen sind, kann auf Redhibition geklagt werden, wenn der Verkäufer sie verschwieg. Jede Unwissenheit entschuldigt hier den Käufer, fährt jener fort, die keine grobe Nachlässigkeit zum Grunde hat; **ignorantia emtori prodest**, sagt Paulus [2]), **que non in supinum hominem cadit.** Die Frage ist in diesem Gebiet wichtig genug, daß sie mehr, wie manche andere, verdient, in Untersuchung gezogen zu werden. Und wenn diese Untersuchung auch zu demselben Resultat führen sollte, so bedarf doch das, was Glück mit seinem Gewährsmann Münter [3]), lehrt, einer festern Begründung und eines strengern Beweises, überhaupt einer sorgfältigern Erörterung. Das soll eben kein Vorwurf für jene sein, als wovon ich weit entfernt bin. Hängt es doch von jedem Schriftsteller ab, wie viel er geben will, und dem einen ist klar, was ein andrer noch zweifelhaft findet. An der Richtigkeit jener Lehre zu zweifeln, fehlt es an Gründen nicht. Wenn der Verkäufer, kann man sagen, für sichtbare Mängel nicht verantwortlich ist, wie soll er denn für diejenigen haften, die nur der unerfahrne Käufer nicht sehen konnte!

---

*) Archiv für die civilistische Praxis v. Professor Gesterding. Bd. IV. S. 18 — 22.

15) Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer nach ihren Begriffen von öff. u. Privatrecht entwickelt. S. 29. fgg.

1) Erl. d. Pand. Thl. 20. S. 48.

2) l. 15. §. 1. D. de contrah. emt.

3) Roßtauscherrecht, 3. Abschnitt §. 1 und 3.

Kann man Mängel vitia latentia nennen, die dem Auge des Kenners sichtbar sind? Die meisten Sachen sind von der Art, daß, ihre Beschaffenheit zu erkennen, und darüber gehörig zu urtheilen, Erfahrung und Uebung nöthig ist. Dieß gilt nicht bloß von Kunsterzeugnissen, sondern fast von jeder Waare. Zwar nicht alle Mängel sind dem Nichtkenner verborgen, aber, um jeden Mangel zu erkennen, reicht die gewöhnliche Kenntniß selten hin. Daher ist es eine sehr gewöhnliche Vorsichtsmaßregel, daß derjenige, welcher eine Sache kaufen will, deren Beschaffenheit er nicht zu beurtheilen versteht, diejenigen zu Rathe zieht, die sich darauf verstehen. Läßt er diese Vorsichtsmaßregel auſſer Acht, so mag der Fehler immerhin von der Art sein, daß nur das Auge des Kenners ihn entdecken konnte; der leichtsinnige Käufer kann den Handel aus diesem Grunde nicht anfechten. Er büßt hier nur die Folgen seiner eigenen Verschuldung. Kömmt es doch in dieser Sphäre nicht darauf an, ob der Erwerber den Fehler gesehen hat, sondern ob er ihn bei Anwendung gehöriger Vorsicht hätte sehen können [4]). Die Berufung auf den angeführten Ausspruch des Paulus läßt den Einwand zu, „es sei wirklich eine ignorantia, quae in supinum hominem cadit, wenn der Käufer einen Fehler nicht kannte, der ihm, hätte er Sachverständige zu Rathe gezogen, nicht verborgen geblieben wäre." Kann man hier nicht analogisch anwenden, was von der ignorantia juris gilt, wobei es doch auch auf Kenntnisse einer besondern Kunst ankömmt, daß derjenige keine Entschuldigung verdient, welcher die Verständigen um Rath fragen, und dadurch, was ihm selbst an Kenntnissen fehlte, ergänzen konnte [5])? Es scheint also mißlich um eine Lehre zu stehen, nach welcher die Gültigkeit und Unwiderruflichkeit des Handels von der Individualität des Käufers abhängen würde. — So würde ich sprechen, wenn ich der Anwald des Verkäufers wäre. — Aber auf der andern Seite! Die Absicht der Aedilen war, daß der Verkäufer, von welchem die Kenntniß der Sache, die er andern überlassen will, erwartet und gefordert wird [6]), die Fehler derselben dem Käufer offen anzeige [7]). Nur solche Mängel sind nach der Auslegung der römischen Rechtsgelehrten ausgenommen, welche in die Augen fallen. Bei diesen bedarf es natürlich keiner Anzeige, da der Käufer die Augen nur öffnen darf, um sich vom Dasein derselben zu überzeugen. Eben daher kann

---

4) l. 14. §. 10. D. de aed. edicto.

5) l. 9. §. 3. D. de juris et facti ignorantia.

6) l. 1. §. 2. D. de aed. edicto.

7) l. 1. §. 1. l. 38. pr. D. eod.

der Verkäufer voraussetzen, daß sie dem Käufer auch ohne besondere Anzeige nicht entgehen werden. Können aber die Mängel übersehen werden, so wäre es unredlich, wenn der Verkäufer sie verschweigen wollte, sollten sie auch von der Art sein, daß ein Kenner sie entdeckt haben würde. Dem Verkäufer gebührt es, den Käufer auf die Mängel, die nicht jedem, und namentlich nicht ihm sichtbar sind, aufmerksam, und sich seine Unerfahrenheit nicht zu nutze zu machen. Dieß ist ganz im Geiste der Aedilen, welche den Betrügereien der Verkäufer entgegen wirken, und die Käufer dagegen in Schutz nehmen wollten [8]). Von demjenigen, welcher Mängel, die in die Augen fallen, nicht sieht, wird angenommen, er habe sich selbst getäuscht [9]). Diese Selbsttäuschung findet bei Mängeln nicht Statt, die nur dem Kenner erkennbar sind. Von dergleichen Mängel läßt sich nicht sagen, sie fallen in die Augen, so daß Niemand sie füglich übersehen kann. Wenn sie auch sichtbar sind, so sieht der unerfahrne Käufer es ihnen nicht an, daß sie Mängel sind, ja, wie es ihm überhaupt an Kenntniß von solchen Mängeln fehlt, fällt es ihm nicht einmal ein, dorthin zu sehen, wo sie zu finden sind. So können z. B. Sachverständige die Finnen der Schweine erkennen, wenn sie dem Thier den Rachen aufreißen, und die Zunge betrachten, wo man, wie ich im Krünitz gelesen, die Finnen als große weiße Hirsekörner sehr genau unter der Haut liegen sehen kann [10]); aber wer es nicht weiß, verfällt nicht darauf. Aus diesen Gründen scheint es, daß der Verkäufer auch für solche Mängel verantwortlich sei, die nur dem Kenner sichtbar sind. Wenn vollends die Mängel gar nicht äußerlich sichtbar sein sollten, sondern nur Anzeigen, aus deren Vorhandensein der Kenner auf das Dasein jener schließen könnte, würde dieß noch weniger zweifelhaft sein. Alles dieses wird bestätigt durch folgende Pandectenstelle. **L. 14. §. 10. de aed. edicto. Si nominatim morbus exceptus non sit, talis tamen morbus sit, qui omnibus potuit apparere: utputa coecus homo veniebat, aut qui cicatricem et evidentem et periculosam habebat, vel in capite vel in**

---

8) l. 1. §. 6. D. de aed. ed. l. 1. §. 2. D. eod. Causa hujus edicti proponendi est, ut occuratur fallaciis vendendium et emtoribus succuratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint. Dummodo sciamus, venditorem etiam si ignoravit ea, que aediles praestari jubent, tamen teneri debere. Nec est hoc iniquum. Potuit enim ea nota habere venditor. Neque enim interest emtoris, cur fallatur: ignorantia venditoris, an fallacia.

9) l. 43. §. 1. D. de contrah. emt.

10) s. Krünitz Encyclopädie, Thl. 18. S. 425. 426.

alia parte corporis: ejus nomine non teneri, Caecilius ait: perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. Ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. So würde ich sprechen, wenn ich der Anwald des Käufers — oder vielmehr, wenn ich der Richter wäre. —

Bei dieser Entscheidung der aufgeworfenen Frage wird es nun aber zweifelhaft, ob es richtig sei, was Voet [11]) lehrt: „ein Kenner, der es wirklich ist, oder, wenn Kenntniß dieser Art von Sachen in des Käufers Fach einschlägt — si emtor artifex est — verdiene keine Entschuldigung, wenn er einen Fehler nicht entdeckt habe, den er nach den Regeln seiner Kunst hätte entdecken können." Der Gewährsmann, auf welchen Voet sich beruft, unser Mevius [12]) behauptet nur: „von einem Kenner sei zu vermuthen, daß ihm ein Mangel dieser Art nicht verborgen geblieben." Auf allen Fäll hat Voet seinen Satz nicht bewiesen. Ja, wenn jedem, der von einer gewissen Kunst ein Gewerbe macht, eine vollkommene Kenntniß seines Fachs beiwohnte! dann würde Voet völlig Recht haben. Wie aber, wenn eine solche Kenntniß diesem Individuo fehlte, wenn seine Wissenschaft ihn gerade hier im Stiche ließ, wo er ihrer bedurfte? Auf ihn kann man nicht anwenden, was von demjenigen gilt, der in die Augen fallende Mängel nicht sieht, er habe sich selbst getäuscht. Die Mängel, die er nicht sah, konnte er (nach seiner mangelhaften Kenntniß) nicht sehen. Er konnte sie verkennen (ignorare potuit), ja er mußte sie verkennen.

---

11) ad Dig. lib 21. tit. 1. § 9.

12) ad jus Lub. lib. 3. tit. 6. art. 15. nr. 6. sq.

XXXIX.

Eine Befreiung einzelner Staatsbürger von dem Beitrage zu allgmeinen Staatslasten, wohin auch der Wege- und Chaussee-Bau gehört, kann durch keinen Zeitablauf als Recht erworben werden. *)

Es giebt gar manche Verhältnisse, in Ansehung deren ein Rechtserwerb durch Zeitablauf innerhalb derjenigen Grenzen, welche der gewöhnlichen Verjährung gesteckt sind, nicht statt findet. Daß aber auch Fälle vorkommen können, in welchen schlechterdings kein Zeitablauf, selbst derjenige nicht, welcher über Menschen-Gedenken hinausreicht, dazu geeignet sei, den so lange unverrückt beibehaltnen Zustand als einen rechtlich begründeten darzustellen; das scheint mit der eigenthümlichen Beschaffenheit der Verjährung durch unvordenklichen Besitz nicht wohl vereinbar, indem nämlich diesem Besitze von den Rechtsgelehrten ein so großes Ansehn und eine solche Wirkung beigelegt wird, daß alle und jede Gegenstände, welche auch keiner sonstigen Verjährung unterworfen sind, doch mittelst des unvordenklichen Besitzes die Qualität eines rechtlichen, und daher des gerichtlichen Schutzes fähigen, Zustandes annehmen sollen. **Summa est praescriptionis immemorialis auctoritas, et natura prorsus peculiaris, ab indole ceterarum praescriptionum diversa [1]); praescriptio immemorialis tollit, transfert, mutat omnia, quae sine peccato possideri aut a quasi possidente exerceri possunt, immo locus ei relinquitur, ubi omnes reliquae praescriptiones exulare videntur [2]). Omnia non praescriptibilia immemorialis temporis suffragio adquiruntur, ob rationem, quod tempus immemoriale habeat vim justae causae,**

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft von Dr. B. W. Pfeiffer. Staatsrecht. (Administrativ-Justiz.) Bd. I. S. 267 — 271.

1) Leyser spec. 461. med. 7.

2) Kress diss. de genuina natura et indole vetustatis. Helmst. 1734. Cap. 3. §. 22.

tituli, veritatis, legis, privilegii, juris denique plenissimi [3]). — Indem man nämlich von dem erwiesenen Factum des unvordenklichen Besitzes auf den vor Menschen Gedenken wirklich statt gefundenen Rechtserwerb zurückschließt, stellt man diesen Besitz demjenigen wirklichen Titel gleich, welcher dem concreten Verhältnisse am Angemessensten ist; bei solchen Rechten also, welche von Privatpersonen dem Staate gegenüber geltend gemacht werden, ist es der Titel eines landesherrlichen Privilegs, dessen präsumtives Daseyn den Erwerbsgrund dieser Rechte durch den unvordenklichen Besitz bildet [4]). Eben dieses aber führt nun auch wieder auf eine Beschränkung jener so ausgedehnten Wirksamkeit in der zwiefachen Hinsicht, daß auf Seiten des Besitzers die Fähigkeit, das bisher ausgeübte Recht durch ein Privileg zu erwerben, und daß auf Seiten des Staates, gegen welche dasselbe geltend gemacht wird, die rechtliche Möglichkeit, ein solches Recht durch ein Privileg zu verleihen, anzunehmen sei. In jener ersteren Rücksicht läßt daher Günther [5]) den unvordenklichen Besitz als Erwerbsgrund nur zu in consequendis immonitatibus, quarum cives sunt capaces, und Neller [6]) führt beispielsweise für die zweite Rücksicht an, daß die unvordenkliche Verjährung cessire, wenn zufolge der damit zu erlangenden Befreiung dem Landesherrn die zur Unterhaltung des Staates erforderlichen Geldmittel entzogen würden, wohin er eine gänzliche Befreiung von den nothwendigen Steuern rechnet. Unter diesen nämlichen Gesichtspunct fällt die durch unvordenklichen Besitz zu erwerbende Befreiung von allgemeinen Staatslasten überhaupt, deren Leistung für des Landes Wohlfahrt erforderlich ist, und die also im Falle einer solchen Befreiung entweder zu dessen Nachtheile partiell unterbleiben würden, oder den übrigen nicht befreiten Staatsbürgern über ihre Verpflichtung hinaus aufgebürdet werden müßten. Doch dieser Punkt — der Hauptgegenstand des gegenwärtigen Aufsatzes — bedarf noch einer genaueren Erörterung.

„Gleiche Berechtigung und gleiche Verpflichtung aller Unterthanen in gleicher Lage" stellt das allgemeine Staatsrecht als Regel auf [7]). „Die Staatslasten müssen, wie die Vortheile der Staatsverbindung, unter die Staatsgenossen, so viel möglich, gleich

---

3) Wernher observ. for. T. II. P. 10. obs. 379.

4) Neller de rebus praescribendis et temporibus praescriptionum, praesertim immemoriali. Sect. 2. §. 4; in Opusc. Vol. II. P. I. p. 69. Böhmer jus ecclesiast. protest. Lib. II. cap. 26. §. 45.

5) principia juris rom. T. I. §. 332.

6) l. c. §. 5. not. b.

7) Klüber öffentliches Recht des deutschen Bundes. §. 283.

vertheilt werden“ [8]); und es ist daher eine ungerechte Prägravation, „wenn dem, welcher wo nicht größere, doch auch nicht mindere, Vortheile vom Schutze des Staates genießt, nicht ein gleicher Antheil an der gemeinsamen Last des Staates zugetheilt wird“ [9]). Was aber an und für sich unrecht ist, kann durch die Länge seiner Dauer den Character der Rechtlichkeit nicht annehmen; der bloße Zeitablauf kann, was allgemeinen Rechtsbegriffen widerspricht, nicht heiligen. Daher die altteutsche Parömie: hundert Jahre unrecht, ist nicht eine Stunde recht!, und selbst die römische Gesetzgebung, welche dem alten Herkommen eine so große Wirkung, sogar die Kraft formeller Gesetze, beilegt, bedingt diese seine Verfügung durch die Voraussetzung, quod **ratione** sit introductum [10]), **mala enim adinventa malaque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine, firmantur** [11]).

Alles dieses gilt jedoch natürlich nur von **allgemeinen** und **unbedingten** Exemtionen einzelner Staatsbürger oder Staatsbürgerclassen von dergleichen ihrer Natur nach gemeinsamen Unterthanenpflichten, als wodurch die Last, wovon jene sich frei zu erhalten gewußt haben, mit zwiefacher Schwere ihren Mitbürgern aufgeladen wird. — Hingegen ist dadurch keineswegs die Zulässigkeit des Erwerbs besonderer Befreiungen rücksichtlich einer **bestimmten Art des Beitrags** zu den allgemeinen Staatslasten ausgeschlossen, sofern nämlich die solchergestalt Befreiten auf andere Weise zu diesen öffentlichen Lasten concurriren, und so das rechtlich nothwendige Verhältniß unter sämmtlichen Staatsbürgern, welches nicht gerade Gleichheit der Qualität, sondern nur der Quantität nach, erfordert, wiederhergestellt wird.

Gegen diese Behauptung der Unstatthaftigkeit des Erwerbs einer allgemeinen und unbedingten Exemtion von gewissen Staatslasten durch bloßen Zeitablauf könnte man nun wohl das Beispiel von Steuern einwenden, wobei doch ein solcher Erwerb durch unvordenklichen Besitz allgemein anerkannt, auch in Reichs- und Provinzial-Gesetzen ausdrücklich zugelassen sei. Allein eben die Steuern lassen sich vielmehr als Beleg der obigen Darstellung gebrauchen. Steuerfreiheit durch unvordenklichen Besitz findet bekanntlich nur statt in Beziehung auf bestimmte Güter; wird von solchen nachgewiesen, daß sie seit unvordenklicher Zeit nicht zum Steuerverhalt gezogen worden, so folgt oder folgte wenigstens ehedem

---

8) **Klüber** a. a. O. §. 455.

9) **Pütter** Beitr. zum teutschen Staatsrecht. B. I. S. 357. **Gönner** teutsches Staatsrecht §. 458. N. V.

10) l. 39. D. de legibus. 11) Nov. 134. cap. 1.

hieraus, daß es Rittergüter seien; der Grund, warum die Rittergutsbesitzer nicht mit zu den Steuern beitrugen, war aber, weil sie durch eigene Militärdienste zur Landesvertheidigung concurrirten; jene anscheinende Befreiung war also keine völlige Exemtion, sondern bestand vielmehr in einer verschiedenartigen Repartition der nämlichen Staatslast, wovon die Rittergutsbesitzer ihren Antheil in Natur, die übrigen Staatsbürger durch Geldbeiträge übernahmen. „Wenn man — sagt Gönner[12]) — in die Verfassung jener Zeiten zurückgeht, aus welchem sich fast alle heutigen Steuerfreiheiten herschreiben, so findet man, daß ihnen die richtigste Gleichheit der Beiträge aller Unterthanen zu den Landesbedürfnissen zum Grunde lag.“ — Daß aber, obgleich die Gründe solcher Befreiungen in der neueren Zeit aufgehört haben, die Steuerfreiheit noch lange nachher fortbestanden, und gerichtlichen Schutz gefunden hat, davon ist die einzige Ursache wohl nur darin zu finden, daß man dieß als Verfassungsgegenstand betrachtete, wobei nur der Staatsgewalt eine Abänderung zukommt.

Die Anwendbarkeit der obigen Grundsätze auf die von einzelnen Staatsbürgerclassen verlangte Beibehaltung einer bisherigen Freiheit von dem Beitrage zum Wege- und Chausseebau wird sich nun aber leicht nachweisen lassen. Die Verbindlichkeit zum Landstraßenbau überhaupt gehört nach staatsrechtlichen Grundsätzen zu den allgemeinen Staatslasten, und ist in dieser Eigenschaft eine gemeinschaftliche aller Staatsbürger, von welcher sich eben darum keiner, der im Staatsvereine mit begriffen ist, und an den Vortheilen desselben Theil nimmt, für befreit halten kann. Schon nach den Reichsgesetzen sollen die Heerstraßen auf eines jeden Landes gemeine Kosten gebaut und erhalten werden[13]), und die Unterthanen sind dabei zur Landfolge verpflichtet[14]); auch ausser den Diensten können jedoch von denselben Geldbeiträge dazu gefordert werden[15]). Daß aber alles dieses auch von dem Falle gelte, wo der Landesherr Chausseen oder Kunststraßen anstatt der gewöhnlichen Heerstraßen anzulegen für gut findet, leidet keinen Zweifel[16]), indem das Recht, Chausseen anzulegen, dem Landesherrn zusteht, da chaussirte Wege zu den Vorzügen eines Landes und zu den wesentlichsten Beförderungs-

---

12) teutsches Staatsrecht §. 458.

13) Runde Grundsl. d. teutsch. Privatrechts. §. 126. v. Berg Handb. d. Polizeirechts. B. III. S. 549. Eichhorn Einl. in das teutsche Privatr. §. 270.

14) v. Berg a. a. O.

15) Leist Lehrb. d. teutsch. Staatsrechts. §. 212.

16) Leist a. a. O. Gönner a. a. O. §. 383.

mitteln des Handels gehören, der Landesherr aber in Herstellung guter Wege eine Verbindlichkeit des Landes erfüllt, und zu Staatslasten alle Unterthanen beitragen müssen [17]). Auch Pütter [18]) erstattete ein hierüber von ihm begehrtes Gutachten gegen die Stadt, welche selbst ihn darum ersucht hatte, indem er namentlich in der Anwendung auf neu zu bauende Chausseen bemerkte, man habe nicht ausser Acht zu lassen, daß bei der römischen Königswahl im Jahre 1764 das ganze kurfürstliche Collegium den Kaiser durch ein besonderes Collegialschreiben ersucht habe, sich die Herstellung und Besserung der Commercialstraßen im ganzen Reiche angelegen sein zu lassen, und daß auf die hierauf in alle Kreise erlassenen kaiserlichen Schreiben seitdem in den meisten Ländern auf diese gemeinnützige Sache ein solches Augenmerk gerichtet worden sei, daß man solche als eine von Kaiser und Reichs wegen genehmigte löbliche Anstalt ansehe, mithin dawider bei den Reichsgerichten eben so wenig, als wider andere Reichs- und Kreis-Lasten, leicht einiges Gehör zu finden sei.

XL.

Ueber das Verhältniß, in welchem die Parochianen einer Filial-Gemeinde, zu den Kosten der Erhaltung und Wiederherstellung der Kirche der Mutter-Gemeinde beizutragen, rechtlich verbunden sind. *)

In den ehemaligen Zeiten war der vierte Theil aller Einkünfte einer Kirche zur Bestreitung der zu Erhaltung der Kirchen-Gebäude (Fabrica ecclesiae) erforderlichen Kosten bestimmt [1]). Als diese

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. (Kirchenrecht.) v. Dr. B. W. Pfeiffer. B. II, 1828. S. 344 — 348.

17) Gönner im crit. Archiv der neuesten juridischen Literatur und Rechtspflege. B. III. S. 352. 353.

18) auserlesene Rechtsfälle. B. III. resp. 324.

1) Börmer ius eccles. protest. T. III. Lib. 3. tit. 48. §. 56. Eiusd. ius parochiale. Sect. 7. cap. 3. §. 3.

Einrichtung in der Folge aufhörte, und die der Kirche vorgesetzten Geistlichen deren Einkünfte ganz bezogen, hielt man auch sie zur Bestreitung jener Kosten verbunden [2]), wiewohl schon im Cap. 4. X. de eccl. aedific. die Beschränkung: de bonis, quae sunt ipsius ecclesiae, si eis supersunt, hinzugefügt wurde. Eine genauere Bestimmung erhielt sodann dieser Gegenstand durch die Beschlüsse der tridentinischen Kirchen-Versammlung [3]): Parochiales ecclesias ita collapsas refici et instaurari procurent (episcopi) ex fructibus et proventibus quibuscunque, ad easdem ecclesias quomodocunque pertinentibus; qui si non fuerint sufficientes, omnes patronos, et alios, qui fructus aliquos ex dictis ecclesiis percipiunt, aut, in illorum defectum, parochianos, omnibus remediis opportunis ad praedicta cogant. — Diese den Parochianen im Verhältniß zu den genannten Personen bloß aushülflich aufgelegte Verbindlichkeit ist jedoch gar häufig durch Gewohnheitsrecht, welches schon nach den Capitularien der fränkischen Könige [4]) hierbei ganz vorzüglich zu berücksichtigen ist, zu einer Hauptverbindlichkeit geworden [5]), und dafür läßt sich sogar die gesetzliche Bestimmung, nach welcher die Beziehung der Kirchen-Einkünfte den eigentlichen Rechtsgrund der den Patronen und Beneficiaten obliegenden Verbindlichkeit zur Bestreitung der Kirchenbau-Kosten ausmacht, insofern geltend machen, als dieser Grund heutzutage, insonderheit bei den protestantischen Kirchen, fast gänzlich unanwendbar geworden ist, indem die Patronen gewöhnlich gar keine Vermögens-Vortheile von ihrem Patronat-Rechte beziehen, und was die Geistlichen von den Kirchen-Einkünften erhalten, nicht mehr den Namen einer sie bereichernden Pfründe verdient, sondern nur in einer mäßigen Vergeltung der Dienste, welche sie der Kirche durch Versehung ihres Amtes leisten, besteht; wohingegen der wesentliche Nutzen, welcher den Parochianen durch die Erhaltung der Kirchen-Gebäude zu Theil wird, unverändert fortdauert [6]). Es versteht sich jedoch von selbst, daß, da die Last des Kirchenbaues ursprünglich auf dem Kirchen-Vermögen, als solchem, haftet [7]), auch so lange dessen vorhanden ist, wovon die Einkünfte nicht zum anständigen Unterhalt der Geistlichen

---

2) Böhmer ius eccl. l. c. §. 63. Cramer Nebenstunden. Th. VII. N. 4. §. 1. 3) Sess. 21. cap. 7.

4) Capit. Pipini de 793. §. 20; apud Baluzium T. I. p. 546.

5) Böhmer l. c. §. 72.

6) Carpzov definitiones ecclesiastice. Lib. II. def. 339. n. 9. Pufendorf observ. iur. univ. T. IV. obs. 241. 242.

7) Carpzov l. c. def. 338. n. 7. J. H. Böhmer consilia. T. I. P. I. resp. 4. n. 34. Cramer a. a. O.

erforderlich, oder zu anderen nothwendigen Bedürfnissen der Kirche zu verwenden sind, dieser Ueberschuß der Kirchen-Revenuen vorzugsweise zur Bestreitung jener Kosten dienen müsse [8]); daher die Regel des gemeinen Rechts gegenwärig wohl dahin gefaßt werden kann, daß die Erhaltung und Wiederherstellung der Kirchen-Gebäude, insofern nur aushülflich von den Parochianen zu bestreiten sei, als es an einem dazu hinreichenden disponiblen Kirchenfonds gebricht [9]). Durch mehrere Particular-Gesetze ist jedoch diese Verbindlichkeit den Parochianen sogar hauptsächlich auferlegt [10]). — Wo aber immerhin diese Verbindlichkeit zur Anwendung kommt, liegt dieselbe stets den sämmtlichen Parochianen ohne Unterschied ob, welche an der Benutzung des Kirchen-Gebäudes Theil nehmen, in welcher Hinsicht jener Beitrag als eine Societäts-Verbindlichkeit zu betrachten ist [11]).

Wie aber wird es in solchem Falle mit den Parochianen einer Filial-Gemeinde gehalten, wenn von Kosten des Baues der Mutter-Kirche die Rede ist; sind sie überhaupt dazu, und in welchem Verhältnisse, beizutragen verpflichtet? — Besitzt die Filial-Gemeinde eine eigne Kirche, in welcher für sie der Gottesdienst gehalten wird, und alle kirchlichen Handlungen verrichtet werden, so ist sie unbedenklich frei von jedem Beitrage zur Erhaltung der Mutter-Kirche [12]), so wie umgekehrt auch diese es in Ansehung der Baukosten für die Filial-Kirche ist [13]). Ebensowenig zweifelhaft ist der Fall, wo die Filial-Gemeinde keine eigene Kirche hat, sondern sich zum Got-

---

8) G. L. Böhmer princ. iur. can. §. 597. Wiese Handb. d. Kirchenrechts. Th. II. §. 307. S. 743.

9) Carpzov l. c. def. 339. J. H. Böhmer ius paroch. l. c. §. 6. Pufendorf T. I. obs. 229.

10) J. H. Böhmer ius eccl. l. c. §. 73. Pufendorf animadv. iur. N. 43. Schlegel hannöverisches Kirchenrecht. Th. IV. S. 71. v. Bülow u. Hagemann pract. Erört. Th. IV. N. 18.

11) J. H. Böhmer l. c. §. 74. ius. paroch. l. c. §. 7. 9. Reinharth ad Christin. Vol. II. obs. 3. Schlegel a. a. O. S. 95. v. Berg jurist. Beobacht. u. Rechtsf. Th. N. 6. v. Bülow u. Hagemann a. a. O. Th. I. N. 58. S. 295. Th. IV. N. 19. S. 99. Kind quaest. forens. T. II. cap. 47. II. ed. Wegen der Beitragspflicht fremder Religions-Verwandten: v. Ende jurist. Abhandl. N. 9. S. 87 f. Struben rechtl. Bed. Th. IV. Bed. 116. Ausg. v. Spangenb. B. II. S. 394.

12) Carpzov l. c. def. 345. J. H. Böhmer ius eccl. T. II. Lib. 3. tit. 5. §. 191. T. III. Lib. 3. tit. 48. §. 74; ius paroch. l. c. §. 8. Schlegel a. a. O. S. 96. Von diesem Falle redet auch Kind l. c. Cap. 49.

13) Kind l. c. p. 194.

tesdienste und anderen kirchlichen Handlungen lediglich der Kirche der Mutter=Gemeinde bedient; in diesem Falle beruhet nämlich deren Verbindlichkeit, auch zu den Kosten der Erhaltung dieser Kirche beizutragen, auf dem allgemeinen Rechtssatze: ut participans de commodo etiam participet de incommodo [14]); und eben hiernach ist als Regel anzunehmen, daß die Filial=Gemeinde in einem solchen Falle in gleichem Verhältnisse mit der Mutter=Gemeinde beiträgt [15]); wiewohl nach dem Gewohnheitsrechte vieler Orte ihre Verbindlichkeit auf eine geringere Quote, und namentlich auf den dritten Theil, beschränkt ist [16]). Liegt aber der Filial=Gemeinde einmal jene Verbindlichkeit ob, so kann sie davon auch nicht durch die, ohne Zustimmung der Mutterkirche vorgenommene, Erbauung einer neuen eignen Kirche befreiet werden [17]). — Am Schwierigsten zu beurtheilen ist aber noch ein dritter Fall, wo nämlich die Filial=Gemeinde zwar eine eigne Kirche hat, gleichwohl die Vornahme der kirchlichen Handlungen nur theilweise in derselben, und theilweise in der Mutter=Kirche, geschieht. Im Allgemeinen kann man nun wohl annehmen, daß in einem solchen Falle das Besuchen des Gottesdienstes in der Mutter=Kirche, vorzugsweise vor der Verrichtung der Ministerial=Handlungen in der einen oder anderen, über die Beitrags=Verbindlichkeit zu den Baukosten in Ansehung jener entscheide, da in dem Mitgebrauche einer Sache stets der natürlichste Grund der Verpflichtung, auch zu den Kosten ihrer Erhaltung beizutragen, liegt, und diese Rücksicht ganz besonders da eintritt, wo die größere Menge der an dem Gebrauche Theil nehmenden Personen eine Vermehrung der Kosten der Anschaffung und Erhaltung mit sich führt, letzteres aber bei einer Kirche hauptsächlich in Beziehung auf die dem Gottesdienste regelmäßig beiwohnenden Parochianen der Fall ist, indem nach deren Anzahl der größere oder geringere Umfang der zu erbauenden Kirche sich richten muß, wogegen der Umstand, ob mehr oder weniger Ministerial=Handlungen in einer Kirche verrichtet werden, auf den durch ihre Erbauung und Unterhaltung verursachten Kosten=Aufwand keinen wesentlichen Einfluß haben kann. Etwas bestimmteres, als dieser allgemeine Grundsatz, läßt sich gemeinrechtlich nicht angeben, und insonderheit wird in Fällen gemischter Art, in Ermangelung von Particular=Gesetzen, kaum eine andere Entschei=

---

14) Carpzov l. c. def. 343. n. 12.

15) Carpzov l. c. def. 344. n. 7. sqq. J. H. Böhmer ius paroch. l. c. §. 8. Schlegel a. a. O. S. 95.

16) Carpzov l. c. def. 344. n. 2—4. Böhmer l. c.

17) Mevius decisiones. P. III. dec. 183.

dungs-Quelle, als die Observanz, angenommen werden können. Ziemlich willkührlich, und daher nicht auch in anderen Staaten anwendbar, ist wenigstens auch die Bestimmung, nach welcher das Oberappellationsgericht zu Dresden zu erkennen pflegt [18]), daß nämlich, wenn die mit einer eigenen Kirche versehenen Filialisten nur an gewissen Tagen dem Gottesdienste in der Mutterkirche beiwohnen, dieselben als incorporirte Parochianen zu betrachten, und zum dritten Theile beizutragen verbunden seien.

LXI.

Von den nothwendigen Einschränkungen der Verantwortlichkeit des Staates für widerrechtliche Handlungen der Staatsbehörden. *)

Wie durchaus nothwendig es zur Begründung einer unbedingten Rechts-Sicherheit im Staate, also zu Erreichung gerade desjenigen Zweckes, welcher als der gemeinschaftliche aller Staats-Genossen, und als der die ganze Thätigkeit der Staatsgewalt wesentlich bedingende, vorausgesetzt werden muß, sei, daß einem jeden einzelnen Staatsbürger insonderheit auch gegen solche Verletzungen seines Privat-Rechtszustandes, welche aus Handlungen der Staatsgewalt selbst für ihn entstehen, volle Schadloshaltung im Wege Rechtens angedeihe, habe ich im XVIten Aufsatze des ersten Bandes dieser practischen Ausführungen vollständig nachzuweisen gesucht. — Ein besonders schwieriger Fall der Anwendung der daselbst im Allgemeinen entwickelten Grundsätze ist nun der, wo die Rechtsverletzung nicht unmittelbar aus einer Handlung oder Verfügung des Staats-Oberhaupts herrührte, sondern durch irgend eine von diesem angeordnete Behörde, ohne dazu erhaltene Ermächtigung, zugefügt

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. (Staatsrecht. Administrativ-Justiz.) v. Dr. B. W. Pfeiffer. Bd. II, S. 361 — 377.

18) Kind l. c. Cap. 49.

wurde. Wollte man auf einen solchen Fall das allgemeine Princip von der Entschädigungs-Verbindlichkeit des Staates gar nicht anwendbar halten, so würden die Staatsbürger, welche doch überhaupt die von dem Staate angeordneten Behörden, als dessen Repräsentanten, anzuerkennen angewiesen sind, von der Eigenmacht und Willkühr dieser Behörden in solchem Grade abhängig werden, daß man solches mit der von dem Staate zu erwartenden Gewährleistung eines vollkommen gesicherten Rechtszustandes durchaus nicht verträglich halten könnte; und selbst der gegen solche Behörden unmittelbar, oder gegen das sie constituirende Personal, zu eröffnende Rechtsweg würde nur schwierig zu betreten sein, und nicht selten, zumal bei eintretender Insolvenz der auf Schadloshaltung belangten Personen, ganz ohne Erfolg bleiben. Ebensowenig aber dürfte sich eine unbedingte Verantwortlichkeit des Staates für die ohne seine Ermächtigung vorgenommenen, eine Rechtsverletzung für Privaten enthaltenden, Handlungen seiner Behörden annehmen lassen; vielmehr drängen sich hierbei, in objectiver und subjectiver Hinsicht, mancherlei Bedenklichkeiten auf, und geben insbesondere Veranlassung zu fragen: ob denn der Staat für alle und jede rechtsverletzende Handlungen seiner Behörden einstehen müsse, ob insonderheit, ohne zu unterscheiden, welcher Zweig der Staatsverwaltung denselben zur Ausübung anvertraut, ob ihnen eine unmittelbare Theilnahme an der Staatsgewalt überlassen, oder nur eine untergeordnete Wirksamkeit angewiesen, und welche Beschränkung ihrer Handlungsweise etwa durch die ihnen ertheilte Dienst-Vorschrift festgesetzt war? — Um diese Fragen erschöpfend zu beantworten, muß man vor allen Dingen die wesentlich verschiedene Art der Dienst-Bestellung, welche bei den mehreren Staats-Behörden und Staatsdienern statt findet, berücksichtigen, und hiernach gewisse Classen bilden, die einer ganz verschiedenen Beurtheilung in Ansehung der Verantwortlichkeit für ihre Amts-Handlungen unterliegen. Bei allen aber muß die Idee eines Mandats-Contracts, den die Staatsgewalt mit ihnen eingegangen hätte, und nach welchem ihre rechtlichen Verhältnisse zu dieser, wie zu den Staatsbürgern, welche sich durch ihre amtlichen Handlungen verletzt glauben, zu beurtheilen wären, gänzlich aufgegeben werden, wie solches nachher noch specieller ausgeführt werden wird.

Unter den Staats-Dienern im allgemeinsten Sinne finden wir erstlich solche, die zwar von Seiten des Staates angestellt worden sind oder wenigstens zur Ausübung ihrer Funktionen die öffentliche Autorisation erhalten haben, gleichwohl nicht unmittelbar im Dienste des Staates, als dessen Organe, handeln, sondern nur für die be-

sonderen Zwecke und Bedürfnisse der Privatpersonen ihre amtliche Thätigkeit äussern, und in Ansehung deren also die öffentliche Autorisation nur darin ihre Wirkung zeigt, daß dieselben ausschließend die ihnen überlassene Funktion ausüben, und dabei einer speciellen Aufsicht von Seiten des Staates unterworfen sind. Dahin gehören z. B. Anwalte, Sachwalter, Notarien, Aerzte. Rücksichtlich dieser Classe von Staats-Dienern kann ein Anspruch der durch ihre Handlungen verletzten Privatpersonen auf deßfalsige Schadloshaltung zunächst und in der Regel nur gegen die Handelnden selbst gerichtet werden, gegen den Staat aber bloß aushülflich in dem Falle, wenn ein demselben bei der Ernennung oder Bestätigung zur Last fallendes Verschulden — Culpa in eligendo — nachgewiesen werden kann. Ausser diesem Falle läßt sich eine Verantwortlichkeit des Staates wegen der von solchen Staatsdienern in ihrer öffentlichen Qualität begangenen Verletzungen nicht annehmen, da derselbe an deren einzelnen Functionen keinen Theil nimmt, dieselben vielmehr dabei vollkommen selbstständig und in eignem Namen handeln, den Staatsbürgern auch frei stehet, sich derselben zu bedienen oder unter mehreren eine Wahl zu treffen; daher es, um einen Entschädigungs-Anspruch gegen den Staat aus ihren Handlungen zu begründen, durchaus erforderlich ist, daß die einem Staatsbürger zugefügte Verletzung als die unmittelbare Folge der von dem Staate herrührenden Anstellung, und eines dabei begangenen Verschuldens, anzusehen sei.

Eine zweite Classe von Staats-Dienern bilden die das Richteramt bekleidenden. Zwar ist es unbezweifelt ein Zweig der Staatsgewalt, welchen diese im Namen des Staates und in dessen unmittelbarem Auftrage ausüben, und jede einzelne Function derselben muß, als ob sie von dem Staate selbst ausgienge, betrachtet werden; allein dennoch fällt auch hier alle Verantwortlichkeit des Staates für die einzelnen Functionen solcher Staatsdiener hinweg, weil gerade dieser Zweig der Staats-Verwaltung im allgemeineren Sinne, die Gerechtigkeitspflege, seinem Begriffe und wesentlichen Zwecke nach in völliger Unabhängigkeit von der Einwirkung des Staats-Oberhauptes ausgeübt wird und ausgeübt werden muß; daher auch der Regent solchen Verletzungen, die Jemand von dem Richter, als solchem, erlitten zu haben glaubt, auf directem Wege abzuhelfen, gar nicht einmal befugt zu halten ist[1]). Allerdings

---

1) Damit im Wesentlichen völlig übereinstimmend ist ein Entscheidungsgrund des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden in v d. Nahmer Samml. merkwürdiger Entscheidungen. B. II. N. 6. §. 10.

kann ein jeder Staatsbürger nach dem wesentlichen Zwecke des Staates — der Aufrechthaltung eines gesicherten Rechtszustandes, — verlangen, daß ihm Recht wiederfahre gegen jede Verletzung, unter allen Verhältnissen, gegen Jedermann. Allein dieser Anspruch auf Anerkennung und Wiederherstellung seines Rechtes beschränkt sich in der Ausübung gerade darauf, daß von den Gerichten eine Entscheidung über sein Recht erfolge; und was diese hierüber entscheiden, ist sein Recht, so weit es im Staate als solches anerkannt werden kann; denn im Staate giebt es nur einen Anspruch auf formelles Recht; mehr als dieses kann man von den Gerichten nicht fordern, weil dieselben mit Menschen besetzt sind, kein Mensch aber frei von der Möglichkeit eines Irrthums ist. Um die Verwirklichung dieser Möglichkeit soviel thunlich zu beseitigen, ist die wiederholte Prüfung der vor den Gerichten anhängig gemachten Rechtsstreitigkeiten durch mehrere Instanzen angeordnet, die, wenn sie von den Betheiligten sämmtlich durchgangen sind, oder wenn von ihnen darauf verzichtet worden ist, die Wirkung mit sich bringen, daß nun selbst der Irrthum die Form des Rechtes annimmt; daher jede auf dem gesetzlichen Wege (wobei demnach die Unvollkommenheit des menschlichen Urtheils schon berücksichtigt worden ist) erfolgte Entscheidung der Gerichte als formelles Recht im Staate gilt. Liegt einmal dieses vor — sei es mittelst eines Ausspruches in letzter Instanz oder durch Beruhigung der Betheiligten bei dem in einer unteren ergangenen Urtheile, — so kann auf eine dadurch etwa bewirkte materielle Rechtskränkung durchaus nicht geachtet werden; vielmehr hat der, welcher sie erlitten zu haben glaubt, dieselben als einen Unglücksfall zu tragen, den er von sich abzuwenden nicht vermochte, oder den er vielleicht selbst sogar verschuldete [2]). — Wenn nun aber von der einen Seite dem Staats-Oberhaupte gar kein unmittelbarer Einfluß auf die richterlichen Entscheidungen zusteht, und von der anderen Demjenigen, über dessen Ansprüche eine solche Entscheidung erfolgt ist, wirklich sein Recht, so wie es im Saate anerkannt wird, zugetheilt worden ist; so fehlt es offenbar in der letzteren Rücksicht gänzlich an der wesentlichen objectiven Bedingung einer jeden Entschädigungs-Klage, nämlich einer wirklichen Rechts-Verletzung, und in der ersteren an dem subjectiven Erfordernisse einer solchen gegen den Staat zu richtenden Klage, nämlich einer von dem Staats-Oberhaupte oder seinen un-

---

2) Als Beispiele für den Fall, wo die Veranlassung zu gerichtlichen Entscheidungen bloß nach dem formellen Rechte, ohne alle Rücksicht auf dessen Uebereinstimmung mit dem materiellen, von den Partheien selbst ausgehet, dienen im Civil-Processe die Präclusionen, Versäumung der Fatalien, Mangel zulässiger Beweismittel ꝛc.

mittelbaren Organen zugefügten Verletzung [3]). Wer sich durch einen Richterspruch in seinen Rechten verletzt glaubt, ist demnach zunächst auf den Gebrauch des zu möglichster Verhütung einer solchen Verletzung angeordneten Instanzenzuges lediglich verwiesen, und nur, wenn er ein individuelles Verschulden bestimmter Richter-Personen, welche bei Ertheilung des formellen Rechtes mit böser Absicht oder grober Fahrlässigkeit zu seiner Beeinträchtigung gehandelt haben, zu behaupten vermag, steht ihm gegen solche persönlich eine Klage auf Schadloshaltung — **Actio syndicatus aut in factum** — zu [4]).

Die Unstatthaftigkeit einer Entschädigungs-Klage gegen den Staat wegen solcher Verletzungen, welche angeblich durch die Gerichte zugefügt wurden, beschränkt sich jedoch nothwendig auf diejenigen Functionen derselben, welche zu den richterlichen im eigentlichen Sinne gehören, indem nur in Ansehung dieser jene organische Einrichtung der mehreren Instanzen zur Anwendung kommen kann, ohne Unterscheidung übrigens zwischen Handlungen der streitigen und freiwilligen Gerichtbarkeit. Als Ausnahmen jener Unstatthaftigkeit kommen daher hauptsächlich zwei Fälle in Betracht, in denen allerdings auch wegen verletzender Handlungen der Gerichte ein Entschädigungs-Anspruch gegen den Staat statt findet; nämlich

1) wegen eines Eingriffs in gerichtlich hinterlegte Gelder, oder eines durch imputables Verschulden des Gerichts eingetretenen Verlustes derselben. Auch hierbei kann zwar das Gericht in eigentlich richterlicher Function gehandelt haben, z. B. wenn es ein Depositum an eine zum Empfange nicht ermächtigte Person, oder bei der Concurrenz mehrerer Gläubiger an einen dem anderen nachstehenden, ausgezahlt hat [5]); und hier finden zu Abwendung einer dadurch zugefügten Verletzung nur die gewöhnlichen Rechtsmittel statt. Aber, ausser dieser Voraussetzung, ist bei der Beurtheilung jenes Falles ein ganz anderer Gesichtspunkt aufzusuchen; die gerichtliche Hinterlegung geschieht, um der Erhaltung der zu deponirenden Gelder durch unmittelbare Aufnahme unter den öffentlichen Schutz eine größere Sicherheit, als in bloßer Privat-Verwahrung,

---

3) Dieser wesentliche Unterschied zwischen einer von der Staatsgewalt direct ausgehenden, und der „durch einen Fehler bei Verwaltung des richterlichen Amtes" zugefügten Verletzung ward auch von den ehemaligen Reichsgerichten wohl beobachtet: Weisse üb. d. Berichts-Erstattung auf Klagen teutscher Unterthanen gegen ihre Landesherren §. 17.

4) v. d. Nahmer a. a. O.

5) v. Bülow u. Hagemann pract. Erörterungen. B. IV. N. 50. S. 264.

zu verleihen; dieser öffentliche Schutz kann nur von dem Staate selbst und dem Staats-Oberhaupte ausgehen, welches die Gerichte ermächtigt, denselben in seinem Namen auszuüben; in dieser Function sind also die Gerichte wirklich nur Organe der Staatsgewalt, für deren Verschulden dieselbe, als von ihr selbst begangen, einstehen muß, zumal sie alle Mittel in Händen hat, sich gegen Veruntreuungen oder Vernachlässigungen der Gerichte bei der Depositen-Verwaltung sicher zu stellen [6]), dahingegen von den betheiligten Privatpersonen unbedingt, und ohne ihnen irgend ein solches Mittel, ausser der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Formen, übrig zu lassen. Vertrauen in die durch die Gerichte dargebotene öffentliche Sicherheit fordert [7]). Daher kann man es als allgemeinen Rechtsgrundsatz annehmen, daß der Landesherr für die von seinen Gerichten vergriffenen Depositen-Gelder einzustehen, und den Betheiligten Ersatz zu leisten habe, wie solches insonderheit von den Gebr. Oberbeck [8]) weiter ausgeführt, und auch durch ein von Struben [9]) mitgetheiltes Erkenntniß der Justizcanzlei zu Hannover practisch anerkannt worden ist. Die Zweifelgründe, welche theils Struben selbst, nach Ludewig [10]), anführt, daß es einem Regenten schlechterdings unmöglich falle, von einer so großen Menge von Bedienten so genaue Information zu haben, theils Spangenberg [11]) hinzufügt, daß nämlich eine Vernachlässigung der dem Gerichtsherrn obliegenden Controle vorausgesetzt werde, sind theils offenbar unerheblich, was insbesondere von dem Ludewigschen Grunde gilt, theils nur auf Patrimonial-Gerichtsherrn anwendbar, weil diese, wie auch in dem beigefügten hannöv. Ministerial-Rescript ausdrücklich angeführt wird, sowohl in der Einwirkung auf die Diensiversehung des, zugleich als Staatsdiener zu betrachtenden, Patrimonial-Richters, als in Ansehung der Entlassung desselben, wenn sie ihn für untüchtig halten, sehr wesentlichen Beschränkungen unterworfen sind. — Ein weiterer Ausnahmsfall der

---

6) v. Bülow u. Hagemann a. a. O. S. 263.

7) Ein gewissermaßen analoges Verhältniß bietet die zur allgemeinen Sicherung des Credits im Staate gereichende Anordnung der öffentlichen Hypotheken-Anstalt dar; doch erfordern mehrere diesem Gegenstande eigenthümliche Rücksichten eine besondere Erörterung desselben, die ich mir für ein anderes Mal vorbehalte.

8) Meditationen. Th. VII. N. 391.

9) Th. II. Bed. 85. Ausg. v. Spangenberg. B. II. S. 221.

10 Consilia hallensia. T. II. Lib. 2. resp. 45. n. 17, wo übrigens von einem ganz anderen Falle die Rede ist.

11) a. a. O. Not. *.

oben ausgeführten Unstatthaftigkeit eines Entschädigungs-Anspruches an den Staat wegen Handlungen der Gerichte ist.

2) wenn diese Handlungen von dem bei den Gerichten angestellten Hülfs-Personal in und vermöge der solchem übertragenen amtlichen Functionen, oder auch überhaupt von Gerichts-Personen vermittelst der ihnen anvertrauten Theilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt, zur Beeinträchtigung einzelner Staatsbürger begangen werden. Von diesem letzteren Falle, welcher bei den Civil-Gerichten hauptsächlich nur im Executions-Verfahren, vorzüglich aber auch bei den Criminal-Gerichten, Anwendung findet, werde ich nachher noch reden; die nähere Erörterung des ersteren aber setze ich hier aus, weil sich dazu demnächst eine besondere practische Veranlassung finden wird.

Es bleibt nun noch die dritte, und bei weitem zahlreichste, Classe von Staats-Dienern übrig, nämlich diejenigen, welche ganz eigentlich als die Organe der höchsten Staatsgewalt zu zu betrachten sind, und unter der allgemeinen Benennung von Verwaltungs- oder Administrativ-Behörden begriffen werden. Sie sind es, welche den Staat in seiner Wirksamkeit ganz unmittelbar repräsentiren; ihre in amtlicher Eigenschaft vorgenommenen Handlungen sind für Handlungen des Staates selbst zu halten, und jede aus ihnen entspringende Verbindlichkeit ist eine solche für den Staat, welcher den Handelnden zu seinem Organ bestellte. Welche Handlungen dieser Behörden sind nun aber als solche, in amtlicher Eigenschaft vorgenommene, und daher den Staat unbedingt verpflichtende, Functionen zu betrachten? und kann hierbei insonderheit, wie von mehreren älteren Schriftstellern wirklich geschehen ist[12]), das aus dem Mandats-Contracte hervorgehende Verhältniß als die Grundlage einer solchen Verpflichtung angesehen, und deren Begründung von den rechtlichen Erfordernissen einer Klage aus jenem Contracte abhängig gemacht werden? oder welcher andre Gesichtspunkt ist hierbei aufzufassen, um nicht gerade das wohlthätigste Ergebniß jener allgemeinen Rechtssicherheit im Staate, den ungestörten Genuß des wohlerworbenen Privat-Eigenthums, und einer unverletzten Erhaltung der persönlichen Freiheit, in der wirklichen Anwendung auf das practische Leben allzusehr zu beschränken, wo nicht gänzlich zu gefährden? — Auch hier werden wir vorerst weiter unterscheiden müssen.

Entweder ist von der Verletzung eines Staatsbürgers durch eine Administrativ-Behörde die Rede, welche demselben in Vertrags-Verhältnissen mit dieser Behörde zugefügt wurde,

---

12) Leyser medit. ad Pand. Sp. 113. med. 2.

und wozu also die factische Veranlassung in einer freiwilligen Handlung des Verletzten besteht. Hier kann man als rechtliche Bedingung einer daraus für den Staat entspringenden Verpflichtung unbedenklich annehmen, daß die verletzende Behörde zu der Eingehung desjenigen Rechtsgeschäfts, in welches der verletzte Staatsbürger mit ihr getreten ist, oder überhaupt zur Eingehung von Rechtsgeschäften solcher Gattung, unmittelbar von dem Staate ermächtigt gewesen sei, mochte nun diese Ermächtigung eine specielle für den bestimmten Vorgang, oder eine allgemeine, in den gewöhnlichen Attributen ihres Dienstzweiges enthaltene, sein; denn da hier, nach der angeführten Voraussetzung, die Verwaltungs-Behörde dem Staatsbürger im freien Vertrags-Verhältnisse, gleich jeder anderen Privatperson, gegenüber trat, und seiner eignen Vorsicht die Prüfung des Umfanges der Ermächtigung jener Behörde zu dem mit ihr vorzunehmenden Rechtsgeschäfte überlassen blieb, so hat er es auch lediglich seinem Verschulden beizumessen, wenn er, in der Absicht, einen Anspruch an den Staat selbst zu erwerben, mit einer solchen Behörde contrahirte, ohne sich davon, daß sie auch zu dem befragten Geschäft überhaupt, oder in dem bestimmten Umfange, von dem Staate ermächtigt sei, volle Gewißheit zu verschaffen. Ihm liegt daher, wenn in der Folge das von der Verwaltungs-Behörde eingegangene Geschäft von dem Staate, wegen ermangelnder Ermächtigung, als für ihn verbindlich nicht anerkannt wird, die vollständige Nachweisung dieser Ermächtigung ob.

Oder, in dem zweiten Hauptfalle, es entstand die einem Staatsbürger zugefügte Rechtsverletzung durch die Anwendung desjenigen Zwanges, zu welchem die Administrativ-Behörde durch die ihr anvertraute Theilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt in den Stand gesetzt wurde. Daß man insonderheit bei diesem Falle an eine Beurtheilung der dem Staate hierbei obliegenden Verantwortlichkeit nach den privatrechtlichen Grundsätzen von dem Mandats-Contracte durchaus nicht denken könne, ist wohl einleuchtend; man würde sonst die Stellung ganz und gar verkennen, in welcher die Staatsgewalt zu den Staatsbürgern, als Unterthanen, sich befindet, und sich unvermeidlich zu der alternativen Folge hingeführt sehen, daß entweder diese letzteren für ihre Personen, wie für ihr Eigenthum, der freien Willkühr einer jeden Administrativ-Behörde, so untergeordnet dieselbe immerhin in ihrem Verhältnisse zur höchsten Staatsgewalt sein möchte, völlig Preis gegeben, oder selbst zur Widersetzlichkeit gegen die ihnen nachtheiligen Verfügungen der Verwaltungs-Behörden, so lange diese nicht ihre von dem Staats-Oberhaupte hierzu erhaltene Ermächtigung in jedem einzelnen Falle auf eine juristisch überzeugende Weise nachgewiesen hät-

ten, auf dem geraden Wege des Rechts autorisirt sein würden; welche alternative Folge gleichwohl in ihrem ersten Gliede allen Anspruch auf bürgerliche Freiheit zerstören, und ein System des verwerflichsten Despotismus, nicht bloß von Seiten des Staats-Oberhauptes selbst, sondern aller von demselben angeordneten Verwaltungs-Behörden, begründen, in ihrem zweiten Gliede aber die Thätigkeit der höchsten Staatsgewalt fortwährend hemmen, und selbst die Vollziehung der zu Erreichung des Staatszweckes wesentlich erforderlichen Maßregeln in gar vielen Fällen gänzlich vereiteln würde. Schon äußerlich erkennbar wird einem Jeden die sehr wesentliche Verschiedenheit sein, welche zwischen einem Staats-Beamten, dem öffentlich bestellten Organ der höchsten Gewalt im Staate, und einem Privat-Mandatar, welcher nur die ihn beauftragende Privatperson rücksichtlich des ihm speciell übertragenen Gegenstandes vertritt, so wie zwischen dem Regenten, welcher dem Staatsbeamten einen Theil seiner zum Wohle der Unterthanen wesentlich auszuübenden obersten Gewalt delegirte, und Demjenigen, welcher die Besorgung eines nur sein Privat-Interesse betreffenden Geschäfts einem Dritten übertrug, in jeder Beziehung obwaltet. Derjenige Gesichtspunct aber, welcher das charakteristisch unterschiedende Merkmal des hier vorliegenden Verhältnisses der Staatsbürger zu den Staatsverwaltungs-Behörden bildet, und dasselbe über jede Möglichkeit der Anwendung privatrechtlicher Grundsätze, seien diese von der Voraussetzung eines Mandats-Contracts oder des Vorhandenseins einer Culpa in eligendo hergenommen, unzweifelhaft hinaussetzt, ist die bei diesem Verhältnisse eintretende Subjections-Verpflichtung der Staatsbürger, als Unterthanen, gegen den Staat und seine mit der Ausübung der Staatsgewalt beauftragten Behörden. Fordert der Staat von seinen Unterthanen — und dieß kann und muß er von ihnen fordern, — daß sie in den von ihm angestellten Beamten seine Abgeordneten erkennen, und sich deren Amtsgewalt, als delegirter Staatsgewalt, ohne Widerrede unterwerfen; so muß er auch einstehen für die Ausübung dieser Gewalt, selbst wenn ihre rechtlichen Schranken durch instructionswidrige Handlungen oder sonstigen Mißbrauch der anvertrauten Gewalt überschritten wurden; denn er gestattet dem Einzelnen nicht und kann ihm nicht gestatten, selbst zu prüfen, ehe er Folge leistet, und den Gehorsam zu verweigern, wenn er die Handlung der Staatsbeamten für einen Mißbrauch ihrer Amtsgewalt hält. Eben dieser Gesichtspunct widerlegt nun auch sofort den Zweifelsgrund, daß doch der Regent nicht für Vergehen seiner Beamten verantwortlich gemacht werden könne, wozu er sie doch ganz gewiß nicht beauftragt hat; denn hierbei kann durchaus nicht ein specieller Auf-

trag zu bestimmten Handlungen in Betracht kommen, sondern lediglich davon die Rede sein, ob dem Beamten im Allgemeinen ein so großer Antheil an der Ausübung der Staatsgewalt übertragen wurde, daß er vermittelst desselben denjenigen Zwang gegen den verletzten Staatsbürger anwenden konnte, welcher diesen zur Entschädigungs-Klage veranlaßt; occurrit enim hic, quod principi imputari possit, quod adeo generali mandato illum ministerio suo proposuerit, wie schon Stryk [13]) bemerkt hat. Wenn übrigens dieser Schriftsteller die Verantwortlichkeit des Staates in einem solchen Falle doch von dem Umstande, daß der Beamte schon bei seiner Anstellung ein Homo minus probatae vitae seu ad res gerendas inhabilis aliove modo suspectus gewesen sei, abhängig machen will, und demnach behauptet, nihil enim imputari potest principi, qui futuram ministri malitiam subolfacere non potuit [14]), so ist auch hierbei jener staatsrechtliche Gesichtspunct, und die den Administrativ-Behörden beiwohnende Eigenschaft unmittelbarer Organe der Staatsgewalt, völlig übersehen worden; geht man hingegen von dem höheren Grundsatze aus, welcher schon in dem allgemeinen Staatsrechte seine Begründung findet: quod a principe autoritatem officiales mutuantur, et in eum male beneque ab ipsis gestorum imputatio redundat [15]) ministri quippe sunt tantum vice principum, eorum velut imago et umbra [16]), Gehülfen des Regenten, denen die Ausübung einzelner Theile der Staatsgewalt von ihm anvertrauet worden [17]), so gelangt man nothwendig zu einem ganz anderen, und zwar zu dem Resultat, daß dem Staats-Oberhaupte eine durchaus unbedingte Verantwortlichkeit für alle Verletzungen obliege, welche ein Staats-Beamter mittelst Anwendung des ihm anvertrauten Theils der Staatsgewalt einem Staatsbürger zufügt. Und hiermit stimmt namentlich in Ansehung der widerrechtlichen und als Vergehen zu bezeichnenden Handlungen der Staats-Beamten auch Kreß [18]), welcher sonst ebenfalls dem Princip von der Culpa in eligendo zugethan ist, völlig überein, indem er als Ausnahms-Fall dieses Princips die Voraussetzung aufstellt: si in officio deliquerunt officiales, wozu er factisch nichts weiter erfordert, als: ut actum officii officialis peregerit vel ne-

---

13) diss. de obligatione principis ex facto ministri. Lips. 1698. Cap. 3. §. 56. 14) Ibid. §. 71. 75.

15) Pufendorf ius naturae. Lib. 7. cap. 9. §. 9.

16) Mevius consilia. Cons. 100. n. 110.

17) Leist Lehrb. des teutsch. Staatsrechts. §. 117.

18) diss. de iure officiorum et officialium. Helmst. 1732. Cap. V. §. 5. et not. 1.

glexerit, ut damnum laeso revera inde contigerit, nec ipse in culpa sit, quod damnum patiatur.

Von dieser allgemeinen Grundlage der Verantwortlichkeit des Staates für widerrechtliche, in amtlicher Eigenschaft vorgenommene, Zwangshandlungen aller seiner an der Ausübung der Staatsgewalt Theil nehmenden Behörden ausgegangen, kann es weiter keinen Unterschied machen, ob Derjenige, welcher einen Staatsbürger durch Anwendung seiner Amtsgewalt verletzte, ein Staatsdiener höhern Grades oder der niedrigste unter ihnen ist, falls ihm nur so viel Gewalt zufolge seines Amtes anvertraut ward, daß er mittelst derselben die Verletzung zu begehen in den Stand gesetzt worden; und eben so wenig Unterschied macht es, ob ein solcher Staatsdiener vom Regenten unmittelbar oder durch eine hierzu von letzterem ermächtigte Staatsbehörde angestellt wurde, denn die Anstellung, obgleich auch diese als vom Staate selbst geschehen immer anzusehen ist, bildet bei dieser dritten Classe von Staatsdienern nur den entfernteren Grund der Verantwortlichkeit, den nächsten aber der ihnen hierdurch verliehene Character wirklicher Organe der Staatsgewalt, und die hiermit verbundene Eigenschaft ihrer amtlichen Handlungen als unmittelbarer Staatshandlungen; keinen Unterschied macht es endlich, ob dergleichen Staatsdiener Aministrativ-Beamte im eigentlichsten Sinne, oder, wie ich oben bereits erwähnte, bei den Gerichten angestellt sind, da nicht die Theilnahme an richterlichen Functionen überhaupt, sondern lediglich das Rechtsprechen selbst, als welches allein so unabhängig von der Staatsgewalt gestellt und nur durch den Instanzenzug gesichert ist, die Repräsentation der Staatsgewalt, und folgerungsweise deren Verantwortlichkeit, ausschließt. Selbst der Richter, sogar der Civilrichter, participirt als solcher in mancherlei Funktionen an der Ausübung der Staatsgewalt, wovon insonderheit die Leitung des Executions-Verfahrens, sofern es dabei nicht auf Entscheidung streitiger Rechtspunkte ankommt, das vorzüglichste Beispiel darbietet, indem es eigentlich bloß Sache der Staatsgewalt ist, die von ihren Gerichten ausgesprochenen Erkenntnisse vollstrecken zu lassen, wozu daher die Gerichte, neben ihrer eigenthümlichen Function des Rechtsprechens, für besonders committirt zu halten sind [19]). Noch viel mehr muß

---

19) Henke öffentl. Recht d. schweizerischen Eidgenossenschaft. §. 29. — Die mehr administrative Qualität der Vollstreckung richterlicher Urtheile ergiebt sich auch schon aus der römischen Gerichtsverfassung, nach welcher der Iudex (iudex pedaneus), vor welchem der Proceß (in iudicio) verhandelt wurde, und von welchem die Entscheidung desselben erfolgte, gar nicht die Befugniß hatte, in seiner richterlichen Qualität das von ihm gegebene Urtheil zu vollstrecken. Mit dem Urtheils-

aber eine, wiewohl sehr untergeordnete, Theilnahme an der Ausübung der Staatsgewalt rücksichtlich aller übrigen bei den Gerichten angestellten Personen, welche zu dem Rechtsprechen selbst nicht mitwirken, und wider deren verletzende Handlungen daher auch kein Rechtsmittel im gewöhnlichen Instanzenzuge statt findet, angenommen, es muß solches insonderheit und ganz vorzüglich von dem bei den Strafgerichten angestellten Hülfspersonal behauptet werden, da diesem nach dem Zwecke des strafgerichtlichen Verfahrens eine selbstständigere Amtsgewalt, als bei anderen Gerichten, von dem Staate anvertraut ist. — Für alle diese Personen muß, wenn sie in amtlicher Function einem Staatsbürger durch solche Handlungen, denen derselbe, als Verfügungen der Staatsgewalt, sich unterwerfen zu müssen glaubte, eine widerrechtliche Verletzung seiner persönlichen Freiheit oder seines Eigenthumes zufügten, der Staat unmittelbar einstehen, und jenem dafür vollständigen Ersatz leisten.

Diese bisher theoretisch ausgeführten, und, soviel insonderheit den letzten und wichtigsten der angeführten Fälle betrifft, auch durch reichsgerichtliche Erkenntnisse bestätigen [20]), Grundsätze sind nun aber auch in Kurhessen theils durch gesetzliche Verfügungen anerkannt, theils und hauptsächlich durch Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts in wirklichen Fällen angewendet, und solchergestalt practisch bestätigt worden. Auch bei der Nachweisung hiervon wird die obige Classification der Staatsdiener mit ihren Unterabtheilungen zu beobachten seyn.

In Ansehung der ersten Classe, derjenigen Staatsdiener nämlich, deren selbstständige Functionen nicht unmittelbar von der Staatsgewalt abhängen oder Namens derselben vorgenommen werden, und deren öffentlicher Character sich nur auf die von dem Staate herrührende Anstellung oder Bestätigung, und damit verbundene specielle Oberaufsicht, gründet, ist mir zwar kein practischer Fall bekannt, wo es zur gerichtlichen Entscheidung über die aus einer Culpa in eligendo abgeleitete Entschädigungs-Verbindlichkeit gekommen wäre, auch fehlt es hierüber an einer besonderen gesetzlichen Bestimmung; als unmittelbare Folge des solchen Staats-

---

spruche nahm dessen amtliches Geschäft (officium ius dicentis) sein Ende: l. 55. D. de re iudic., und die Vollstreckung des Urtheils mußte, im Falle solche nöthig wurde, bei derjenigen Obrigkeit nachgesucht werden, welcher das mixtum imperium verliehen war: l. 4. D. de iurisdict. Voet comm. ad Pand. Lib. II. tit. 1. §. 2. Eichmann Erklärung d. bürgerl. Rechts. Th. IV. §. 186 — 88. Glück Erläut. d. Pandecten. Th. III. §. 186 — 88.

20) Moser reichsstädtisches Handbuch. Th. I. Cap. 13. v. Schelhaß üb. d. Gerichtsbarkeit d. Reichsgerichte. S. 211.

dienern beigelegten öffentlichen Characters ist jedoch eine die Anwälte und Sachwalter insbesondere betreffende Verfügung zu betrachten, nämlich die in der Verordnung vom 20. Jan. 1747 [21]) enthaltene, daß **contra negligentiam procuratoris** (aut advocati), wenn die Parthei selbst ganz außer Schuld ist, von den Gerichten sofort Restitution ertheilt werden soll. Nach dem römischen Rechte nämlich fand eine solche Restitution nicht eher statt, als nachdem zuvor der nachlässige Anwalt selbst ohne Erfolg ausgeklagt worden war [22]); schon bei den Reichsgerichten hatte man jedoch die Anwendung dieses strengen Grundsatzes den veränderten Verhältnissen nicht mehr angemessen gefunden [23]), und dieser Ansicht hatte sich auch die Praxis des Oberappellationsgerichtes angeschlossen, indem dasselbe dafür hielt, daß die Parthei, anstatt sie auf das flebile **beneficium regressus** an den Anwalt zu verweisen, vielmehr **brevi manu** zu restituiren sey [24]), welche Praxis auch noch, nach jener Verordnung, eine förmliche Anerkennung durch den Gemeinen Bescheid des Oberappellationsgerichts vom 22. März 1822 [25]) erhalten hat. Daß man aber bei jener gesetzlichen Verfügung (von 1747) die öffentliche Autorisation, welche ein Anwalt durch seine Anstellung von Seiten des Staates erhalten hat, und worin zugleich eine Aufforderung an die Partheien, demselben ihr Vertrauen zu schenken, liegt, wesentlich berücksichtigt habe, zeigt die mit der Restitutions-Bewilligung verbundene Androhung, daß der nachlässige Anwalt ohne Nachsicht seines Amtes entsetzt und cassirt werden solle.

In Ansehung der zweiten Classe von Staatsdienern, nämlich den mit dem Richteramte versehenen, ist das allgemeine Princip, daß nämlich wegen der in dieser Eigenschaft vorgenommenen Handlungen, wodurch ein Staatsbürger sich in seinen Rechten verletzt glaubt, keine Entschädigungs-Klage gegen den Staat zulässig sey, in dem unter N. 29. diesem Aufsatze beigefügten Rechtsfalle, welcher zugleich die Gegenüberstellung der in administrativer Eigen-

---

21) Samml. d. Landesordn. Th. IV. S. 944.

22) l. 23. D. de minorib. l. 39. D. ex quib. caus. maj. l. 10. C. de procurat.

23) Ludolf observat. forens. T. I. obs. 124. T. II. obs. 254. Neuere Fälle bei Cramer in observ. iur. univ. T. I. obs. 343. T. II obs. 593. Ein Kameral-Conclusum von 1786 bei Danz in d. Grundsf. d. gem. ord. Processes. §. 43.

24) Decisiones. T. I. dec. 28. n. 10 sq.

25) Gesetz-Samml. B. III. 1825. S. 43.

schaft vorgenommenen Handlungen sehr deutlich bezeichnet, zur Anwendung gebracht worden. — Der Ausnahmsfall, wo wegen des von einem Gerichte verschuldeten Verlusts bei demselben hinterlegter Depositen-Gelder ein Rückanspruch an die Gerichtsherrschaft, und also bei landesherrlichen Gerichten an den Staat, eintritt, hat durch gesetzliche Verfügungen seine feste Bestimmung erhalten. In der Verordnung vom 11. Octob. 1776, §. 4.[26]), ist der allgemeine Grundsatz ausgesprochen, daß, wie sich von selbst verstehe, jede Obrigkeit für die Treue und Richtigkeit der von ihr bestellten Depositarien in subsidium haften müsse; und dieses wird in der Verordnung vom 9. Aug. 1782, §. 13.[27]) zunächst zwar in Beziehung auf die nicht-landesherrlichen Gerichte, dahin erläutert, daß die Gerichtsherrschaften für die bei ihren Gerichten niedergelegten Gelder, sofern solche von den Depositarien vergriffen worden, und von selbigen nicht sofort in aller Kürze beizutreiben sind, dem Rechte und der Billigkeit nach selbst haften, und hingegen ihren Regreß an den Depositarien nehmen müssen; eine gleiche Verbindlichkeit für den Fiscus in Ansehung der landesherrlichen Gerichte jedoch dadurch vorausgesetzt, daß sowohl in der nämlichen Verordnung, §. 13, als in mehreren nachfolgenden[28]), ausdrücklich verfügt ist, daß der Fiscus nur dann, wenn die Partheien die ihnen zur eignen Beobachtung vorgeschriebenen Sicherungs-Maaßregeln nicht angewendet haben würden, für die vergriffenen Depositen einzustehen nicht schuldig seyn, sondern jene zur Wahrung ihres Regresses lediglich an die Depositarien verwiesen werden sollen. Und damit stimmt im Wesentlichen auch die neueste Depositen-Ordnung vom 29. Sept. 1823, §. 22.[29]), überein, indem sie verfügt: daß wegen eines Verlusts durch die Vergehung oder Fahrlässigkeit der Depositare, wenn sie zahlungsunfähig seyn sollten, die Staatscasse (mit Vorbehalt ihres Regresses gegen die Gerichtsherrschaft in den betreffenden Fällen) zur Entschädigung nur dann gehalten sey, wenn die, einzeln benannten, Sicherungs-Mittel von dem Deponenten selbst angewendet worden sind. — Für den Fall des eintretenden Rückanspruchs an den Fiscus ist sodann zu dessen Sicherheit verordnet, daß jeder Justizbeamte eine Caution von 1000 Thalern **pro depositis et retentis** stellen müsse[30]), auch von dessen Ehefrau

---

26) L. Ordn. VI, 877. 27) Ebendas. S. 1077.

28) Verordn. v. 3. Nov. 1789 §. 3. 4; v. 24. Apr. 1794; v. 12. Jun. 1801. (VII, 373. 599. VIII, 42.)

29) Gesetz-Samml. B. IV. 1823. S. 30.

30) Landesherrl. Beschlüsse v. 31. März 1801. und 28. Febr. 1804. (VII, 18. 160.)

auf ihr Vorzugsrecht wegen des Eingebrachten Verzicht zu leisten sei [31]). — Ueber die Verantwortlichkeit des Staates für widerrechtliche Amtshandlungen des gerichtlichen Hülfs-Personals, insofern diese nicht unter die nachherige dritte Classe gehören, findet sich keine besondere gesetzliche Verfügung, und ist auch kein mir bekannter practischer Fall vorgekommen.

Sehr bemerkenswerthe Entscheidungen aber kann ich zur Bestärkung der obigen Grundsätze in Beziehung auf die dritte Classe von Staatsdienern, diejenigen nämlich, welche an der Ausübung der Staatsgewalt unmittelbar Theil nehmen, und mithin bei allen ihren amtlichen Functionen als Organe derselben zu betrachten sind, mittheilen; und zwar unter N. 30. einen solchen Rechtsfall, wo von einer aus Vertrags-Verhältnissen zwischen einem Staatsbürger und einer Administrativ-Behörde entsprungenen Verbindlichkeit die Rede war, und unter N. 31. einen solchen, wo der Staat wegen einer als Folge des Mißbrauchs der amtlichen Gewalt eines untergeordneten Staatsdieners einem schuldlosen Staatsbürger zugezogenen Verhaftung auf Entschädigungs-Leistung für den diesem dadurch zugefügten Vermögens-Nachtheil in Anspruch genommen wurde. Die oben ausgeführte Grundansicht, worauf die Entscheidung dieses Falles beruhet, hatte übrigens das Oberappellationsgericht schon früher mehrmals ausgesprochen, namentlich: daß das Factum eines jeden Officialen, welches er vi officii vornehme, Denjenigen, dessen Beamter er sei, verbinde [32]), so wie, daß Dasjenige, was bei einem Privat-Mandatar statt finde, sich auf die in Eid und Pflicht stehenden Beamten nicht appliciren lasse, es vielmehr als ein bei diesem Gerichte feststehendes Princip anzusehen sey, daß der Landesherr die Facta officialium zu genehmigen schuldig sey, und dagegen nicht einmal Restitution statt finde [33]). — Auch schlägt hier sehr wesentlich ein in zwei neueren Sachen [34]) gebrauchter Entscheidungsgrund ein, nämlich: „daß Verbindlichkeiten, welche aus Handlungen einzelner Staatsverwaltungs-Behörden in dem ihnen übertragenen Wirkungskreise entspringen, stets eine unmittelbare Verpflichtung des Regenten selbst, in dessen Auftrag und Namen jene Handlungen vorgenommen wurden, begründen, und

---

31) Verordn. v. 11. Octob. 1776. u. v. 9. Aug. 1782. §. 14. (VI, 876. 1078.)

32) in der Sache: Procur. camerae g. Scheffer. 1762.

33) i. d. S. v. Cornberg g. Proc. Fisci. 1762. Lange g. Sonneborn. 1762.

34) von Cornberg g. Proc. Fisci. 1823. Volkmar g. Proc. Fisci. 1823.

daß es demnach der Regent des Staates selbst sey, gegen welchen die einer solchen Verpflichtung gegenüberstehenden Rechte geltend zu machen seyen." — Wenn übrigens in dem Rechtsfalle Nr. 31. zugleich erkannt wurde, daß die Entschädigungs-Verbindlichkeit des Staates eine unmittelbare, von dem vorherigen Ausklagen des verletzenden Staatsbeamten nicht abhängig zu machende, sey, so ist dieses jedoch lediglich auf den Fall der Ergreifung des Rechtsweges zu beschränken, ohne daß gleichwohl der Verletzte, wenn derselbe anders in der Lage sich befindet, gegen die verletzende Handlung des Staatsbeamten bei dessen Oberbehörde Beschwerde führen zu können, sich der vorgängigen Betretung dieses Weges, und des Versuches, auf demselben Abhülfe zu erlangen, gänzlich entschlagen dürfte; als worauf vielmehr schon die in der Verordnung vom 22. Aug. 1821, §. 2, [35]) vorgeschriebene Stufenfolge für dergleichen Beschwerden hinzuweisen scheint.

XLII.

Von welchem Einflusse ist die, den Rechtsweg der Privaten gegen Mitglieder des deutschen Bundes betreffende, Verfügung des Art. 30. der Wiener Schlußacte vom Jahre 1820 auf die Competenz der Landesgerichte in den dazu geeigneten Fällen? *)

Bisher ist es nur ein einziger, durch ganz besondere factische Voraussetzungen bedingter, Fall, in welchem auch den Unterthanen der deutschen Bundesstaaten die Wohlthat des förmlichen Rechtsweges bei dem Bundestage durch Eröffnung der verfassungsmäßigen Austrägal-Instanz bewilligt worden ist [1]). Um so härter

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. Staatsrecht. (Administrativ-Justiz.) v. Dr. B. W. Pfeiffer. Bd. II. S. 405 — 415.

35) Gesetz-Samml. B. III. 1821. S. 67.

1) „Ist ihnen gleich noch viel, sehr viel, zu wünschen übrig geblieben, so hat doch die Bundes-Gesetzgebung einen Anfang gemacht,

würde es seyn, wenn man gerade diesen einzigen Fall nicht ganz in ihrem Interesse deuten, vielmehr daraus sogar eine Erschwerung des Rechtsweges für sie entnehmen wollte.

Der Act. 30. der wiener Schlußacte verordnet: „Wenn Forderungen der Privatpersonen deshalb nicht befriedigt werden können, weil die Verpflichtung, denselben Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist, so hat die Bundes-Versammlung, auf Anrufen der Betheiligten, — — die rechtliche Entscheidung der streitigen Vorfrage durch eine Austrägal-Instanz zu veranlassen“ [2]).

Was unter dieser Vorfrage zu verstehen sey, darüber haben sehr ausführliche Erörterungen bei der Bundes-Versammlung statt gefunden [3]); und allerdings war eine dreifache Deutung hierbei wohl gedenkbar, indem man nämlich die streitige Vorfrage entweder 1) dahin verstand, daß es dabei nur auf die, eigentlich bloß processualische, Bestimmung ankomme, gegen wen der Private seine, demnächst bei den Landesgerichten anzubringende, Klage zu richten habe, also auf Berichtigung der passiven Sach-Legitimation, oder 2) dieselbe darin setzte, daß dadurch auch schon eine materielle Entscheidung, jedoch nur provisorisch, veranlaßt werde, darüber nämlich, wer bis zu ausgemachter Sache zwischen den betheiligten Bundesgliedern einstweilen den Kläger befriedige; oder endlich 3) darin, daß über das Recht des Privaten definitiv entschieden werde, die Rechte der Bundesglieder in ihrem Verhältnisse zu einander aber als Hauptfrage ausgesetzt blieben. Wie sehr unvollständig für das Interesse der betheiligten Privaten auf dem ersten Wege gesorgt seyn würde, und wie wenig entsprechend dem Interesse der in Anspruch genommenen Bundesglieder die Ergebnisse des zweiten Weges seyen, ist in mehreren Abstimmungen bei der Bundes-Versammlung deutlich genug ausgedrückt worden; eine Sonderung, wie sie der dritte Weg mit sich brächte, würde dem eigentlichen Zweck der ganzen Verfügung am angemessensten seyn, dürfte jedoch bei der wirklichen Anwendung kaum realisirt werden können, da eine Entscheidung über das Recht des Privaten gegen die betheiligten Bundesglieder nicht wohl, ohne zugleich über die Verbindlichkeit dieser letzteren in ihrem Verhältnisse zu einander zu erkennen, gegeben werden kann. Daher ist denn auch von dem

---

sie sicher zu stellen gegen Unterdrückung und Rechtlosigkeit:“ Mohl öffentliche Rechtspflege d. deutsch. Bundes. §. 7.

2) Protocolle der deutsch. Bundes-Versammlung. B. IX. S. 27.

3) Ebendas. B. XI. S. 125 ff. S. 173 ff. S. 227 ff. B. XII. S. 15 ff. S. 222 ff. S. 252.

Bundestage, ohne eine solche Sonderung vorauszusetzen, geradezu angenommen worden, daß die von dem Austrägal-Gerichte zu entscheidende Vorfrage überhaupt die Verpflichtung der in Anspruch genommenen Bundesglieder zur Befriedigung des Privaten zum Gegenstande habe, und zur weiteren Discussion vor den Landesgerichten des für verbunden erklärten nur etwa noch eintretende Zweifel über die Richtigkeit der Forderung an sich übrig blieben. Bei Gelegenheit des über die Forderung der rheinpfälzischen Staatsgläubiger und Besitzer der Obligationen lit. D. eingeleiteten Austrägal-Verfahrens ward nämlich die von dem Oberappellationsgerichte zu Celle, als erwählter Austrägal-Instanz, zu entscheidende Vorfrage durch einen Bundestags-Beschluß vom 18. Jan. 1821 ausdrücklich dahin bestimmt: welches der mehreren Bundesglieder die Forderung der Privatpersonen zu befriedigen habe[4])? — und obgleich hiergegen einer der betheiligten Höfe ausführlich deducirte, indem derselbe behauptete, daß da hier bloß von einer Entscheidung über die passive Legitimation die Rede seyn könne, ein eigentlicher Proceß und ein Urtheil im gewöhnlichen Sinne gar nicht statt finde, und das Austrägal-Gericht unter keinen Umständen befugt sey, eins oder das andere Bundesglied, auch nur provisorisch, zur Zahlung anzuweisen[5]); so ward es jedoch durch eine überwiegende Stimmen-Mehrheit bei jener Bestimmung gelassen[6]). — Besonders erläuternd für den oben angegebenen Gesichtspunkt ist aber eine Stelle des von der Bundes-Versammlung genehmigten commissarischen Gutachtens, worin, von dem Zwecke des Gesetzes, daß Privatpersonen, wegen deren Befriedigung mehrere Bundesglieder in Betreff der Verpflichtung verschiedener Meinung sind, nicht rechtlos gelassen werden sollen, ausgegangen, bemerkt wird, daß wenn hierüber eine Entscheidung erfolgt sei, und die Sache in Betreff der Forderung an sich, und abgesehen davon, wer solcher Genüge zu leisten habe, welches nun bestimmt sei, eine weitere Erörterung erfordere, diese freilich vor die Landesgerichte gehöre[7]). — Auch ging das Erkenntniß, welches in der Folge von dem gewählten Austrägal-Gerichte ausgesprochen wurde, ganz ausdrücklich dahin: daß die fragliche Schuld für

---

4) Ebendas. B. XI. S. 26.

5) Ebendas. S. 125 ff. Hiermit übereinstimmend äußerte noch ein anderes Bundesglied: es könne ein solches Erkenntniß in keinem Falle als ein solches angesehen werden, welches über die Befriedigung der Privat-Forderungen selbst erkenne, sondern es bahne den Privaten bloß den Weg, vor dem geeigneten Landesgerichte gegen einen bestimmten Verklagten aufzutreten: B. XII. S. 224.

6) Ebendas. B. XI. S. 162. 231. 7) Ebendas. S. 183.

eine auf die gesammte Rheinpfalz contrahirte Staatsschuld zu erklären, und demzufolge die betheiligten Höfe verbunden und gehalten seien, die Bezahlung derselben nach dem Revenuen-Verhältnisse, zu bestimmten Quoten, an die noch unbefriedigten Inhaber der Obligationen zu übernehmen [8]).

Hieraus nun ziehe ich vorerst den Schluß, daß das durch den Art. 30. der W. Schlußacte zugelassene Austrägal-Verfahren nicht als nothwendige Vorbereitung und daher wesentliche Bedingung einer von dem Privat-Gläubiger vor den Landesgerichten der betheiligten Bundesglieder zu erhebenden Klage zu betrachten ist, wie solches der Fall sein würde, wenn dasselbe sich auf die bloße Bezeichnung Dessen, wider welchen eine solche Klage zu richten wäre, beschränkte; daß vielmehr die von dem Austrägal-Gerichte auszuwirkende Entscheidung gänzlich an die Stelle des von dem Landesgerichte über die Verpflichtung der Schuldner zu ertheilenden Erkenntnisses tritt. Dieß vorausgesetzt wird es sich aber leicht nachweisen lassen, daß ein solches Eintreten der Austrägal-Instanz an die Stelle der Landesgerichte kein die Competenz dieser letzteren gänzlich ausschließendes ist, vielmehr eine Concurrenz derselben, nach der Wahl des klagenden Gläubigers, fortwährend anzunehmen ist. Denn 1) setzt der erwähnte Art. 30. nach seinem wörtlichen Inhalte voraus, daß die Verpflichtung, der Forderung einer Privatperson Genüge zu leisten, zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten sei [9]); so lange also diese factische Voraussetzung noch nicht auf eine mit juristischer Gewißheit erkennbare Weise vorliegt, braucht der Privat-Gläubiger davon keine Kenntniß zu nehmen, sondern kann sich geradezu an Denjenigen halten, welchen er für seinen Gläubiger, rücksichtlich des Ganzen oder eines bestimmten Antheiles, hält; diesen kann er deßfalls vor seinen Landesgerichten, als dem gewöhnlichen Gerichtsstande, belangen, und die Landesgerichte selbst können die Annahme und Entscheidung eines solchen Rechtsstreites aus dem Grunde der Incompetenz so lange nicht verweigern, als nicht aus den Verhandlungen hervorgehet, daß über die von dem Kläger in Anspruch genommene Verpflichtung

---

8) Ebendas. B. XVIII. S. 14. Damit im Wesentlichen übereinstimmend sind 2 andere solche Erkenntnisse von den Oberappellationsgerichten zu München und Darmstadt: B. XV. S. 573. B. XVIII. S. 129.

9) mit anderen Worten: „daß mehrere Bundesglieder sich gegenseitig die Verbindlichkeit überschieben wollen, die befragte Forderung zu übernehmen, daß folglich zwischen denselben (wenigstens materiell, wenn auch noch nicht formell) ein Streit hierüber besteht:" Ebendas. B. XII. S. 223.

des Verklagten nicht anders erkannt werden kann, als indem zugleich mit über die Verbindlichkeit noch eines anderen Bundesgliedes und über dessen Rechtsverhältniß zu jenem entschieden wird. Die drei verschiedenen hier gedenkbaren Fälle findet man in der königl. preußischen Abstimmung über das nach Art. 30. der W. Schlußacte eintretende Verfahren ausgehoben; entweder nämlich sind jene gemeinsamen Verpflichtungen für jedes Bundesglied solidarisch; alsdann hängt es von dem Berechtigten ab, wen von den betreffenden Bundesgliedern er auf das Ganze belangen will; oder sie sind nicht solidarisch, sondern die Verpflichteten können nur in einem gewissen Verhältnisse in Anspruch genommen werden, da tritt, wenn das Verhältniß noch unbestimmt ist, der Fall des Art. 30. der W. Schlußacte ein; ist aber das Verhältniß bestimmt, so verfolgt der Kläger sein Recht gegen jedes Bundesglied für dessen Antheil [10]). In diesem letzteren Falle schien zwar Preußen nur die Landesgerichte für competent zu halten; er ist jedoch in den bei der Bundes-Versammlung weiter vorgekommenen Anwendungsfällen als unter dem Art. 30. mit begriffen geachtet worden, sofern dabei die obige factische Voraussetzung, daß die Verpflichtung unter den mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder streitig war, eintrat, und der Privat-Gläubiger sich deshalb an den Bundestag wandte. Eben dieses aber, daß nämlich, der buchstäblichen Vorschrift des Art. 30. zufolge, das Eintreten eines Austrägal-Verfahrens von dem Anrufen der Betheiligten abhängig gemacht ist, giebt einen neuen Grund ab, die Competenz der Landesgerichte, bis ein solches Anrufen erfolgt ist, für unzweifelhaft begründet zu halten. Auch würde, wenn man die Privatpersonen gegen ihren Willen nöthigen wollte, den Weg der Austrägal-Instanz, anstatt des von ihnen gewählten der Klage vor den Landesgerichten, zu ergreifen, die Härte noch viel auffallender sein, welche von einem der Bundestags-Gesandten schon darin gefunden wurde, daß auf jenem, in gar vielen Fällen nicht zu vermeidenden, Wege die Privatperson sich, ohne eigne Mitwirkung, einen bestimmten Schuldner, und vielleicht einen solchen, welchen sie ihrer Verhältnisse wegen nur ungern zum Gegner haben würde, aufdringen lassen muß [11]). Zu diesem Allem aber kommt

2) noch ein Hauptgrund für die Competenz der Landesgerichte, im Falle der Privat-Gläubiger sich an diese zu wenden vorzieht. Einverstanden ist man bei dem Bundestage darüber, daß der Zweck des Art. 30. kein anderer sei, als daß die Privaten in einem Falle der dabei vorausgesetzten Art nicht rechtlos bleiben soll-

---

10) Ebendas. S. 385.

11) Ebendas. B. XIII. S. 257.

ten [12]), und insonderheit bezeichnete Oestreich dessen Inhalt als eine für die Verhütung der Rechtlosigkeit im teutschen Bunde so wohlthätige legislative Bestimmung [13]), auch führte Hannover denselben namentlich auf die durch die Bundesacte ausgesprochenen Grundsätze, nach welchen die Unterthanen gegen den Zustand der Rechtlosigkeit hätten sicher gestellt werden sollen, zurück [14]). In dieser Hinsicht ward die Eröffnung der Austrägal-Justanz in dem Falle des Art. 30. als eine Maaßregel betrachtet, wodurch die betheiligten Bundesglieder zu einem Rechtsstreite unter sich genöthigt würden, um eine Rechtlosigkeit zu verhüten, welche möglicher Weise die Privaten bedrohete [15]). Und eben hierauf weis't die zweite, in dem Art. 30. selbst ausgedrückte, Voraussetzung seiner Anwendbarkeit hin, daß nämlich Forderungen von Privatpersonen, weil die Verbindlichkeit dazu zwischen mehreren Bundesgliedern zweifelhaft oder bestritten ist, nicht befriedigt werden können. Unter diesem Nicht-Können ist nämlich keineswegs schon die factische Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des Unterbleibens der Befriedigung, noch auch der zufällige Erfolg aussergerichtlicher Unterhandlung, zu verstehen, sondern eine Versagung der Befriedigung im Wege Rechtens um jenes Streites willen; so lange aber der Privat-Gläubiger in diesem Wege Hülfe finden kann, so lange die Gerichte desjenigen Landesfürsten, den er zunächst als seinen Schuldner in Anspruch nimmt, ihm Rechtshülfe gegen diesen gewähren, so lange ist der nicht vorhanden, wo er nicht befriedigt werden könnte, so lange bedarf er also nicht jenes ihm, nicht als Verbindlichkeit, sondern als Befugniß, dargebotenen Auskunftmittels, das nur bei versagtem Rechtswege vor den gewöhnlichen Gerichten als flebile beneficium gestattet ist, indem der Gläubiger dabei gar nicht selbst als Parthei aufzutreten berechtigt ist, sondern nur seine unter sich uneinigen Schuldner zu veranlassen hat, miteinander über ihre Verpflichtung zu processiren; daher man sich sogar genöthigt gesehen hat, die Austrägalgerichte zum officiellen Contumaciren bei einem solchen Processe zu ermächtigen [16]). Mittelbar zweckt demnach jene Bestimmung dahin ab, den betheiligten Privaten den Rechtsweg vor den Landesgerichten zu eröffnen [17]); und erst, wenn vor diesen der Weg

---

12) Ebendas. B. XI. S. 173. 13) Ebendas. B. XV. S. 275.

14) Ebendas. S. 281. 15) Ebendas. S. 116.

16) Ebendas. S. 113. 275.

17) Bemerkenswerth ist in dieser Hinsicht die in einem herzogl. nassauischen Ministerial-Rescript ganz bestimmt ausgesprochene Voraussetzung, daß „nach den bundesverfassungsmäßigen Bestimmungen in der Schlußacte, §. 29. u. ꝛc. kein Anspruch an den Fiskus oder öffent-

Rechtens vergeblich betreten, und von denselben erkannt worden, daß die eingeklagte Schuld eine mehrere Bundesglieder betreffende sei, und deßhalb nicht gegen einen einzelnen Landesherrn verfolgt werden könne, erst dann bleibt dem Gläubiger nichts Anders übrig, als jenes Hülfsmittel zu ergreifen, welches nur zu dem Zwecke, die Privatpersonen nicht ganz rechtlos zu lassen, gegeben ist. Geradezu im Widerspruche würde es aber mit diesem Zwecke stehen, wenn man daraus eine Beschränkung des Weges Rechtens, eine Entziehung der den Landesgerichten sonst unzweifelhaft zustehenden Competenz, folgern, also ein Mittel zur Hebung factischer Hemmung des Justizgangs gerade zu solcher Hemmung mißbrauchen lassen wollte. Jene Auslegung des Art. 30. der Schlußacte wird aber insonderheit auch durch dessen Stellung und Zusammenhang sehr entscheidend unterstützt; der nächstvorhergehende 29ste Art. nämlich verfügt, wie es in dem Falle einer Justiz-Verweigerung gehalten werden solle[18]), und hieran schließt sich als Entscheidung über einen besondern Fall einer solchen Justiz-Verweigerung die Bestimmung, was für ein Weg einzuschlagen sei, wenn Forderungen der Privatpersonen um deßwillen nicht befriedigt werden können, weil die gegenüberstehende Verbindlichkeit unter mehreren Bundesgliedern streitig, und daher „bei dem Landesgerichte jedes einzelnen ein abweisendes Erkenntniß zu besorgen"[19]), oder vielleicht schon wirklich erfolgt ist. — Selbst wenn aber die bisher versuchte Auslegung des Art. 30. der W. Schlußacte sich nicht mit solcher Bestimmtheit und Zuverlässigkeit aus den eignen Worten, dem Zusammenhange, und dem Zwecke desselben, entwickeln ließe, würde daraus jedoch

3) eine Ausschließung der Competenz der Landesgerichte in den hieher gehörigen Fällen schon aus dem formellen Grunde nicht gefolgert werden können, weil die wiener Schlußacte überhaupt ungeachtet sie von der Bundes-Versammlung „zu einem der Bundesacte an Kraft und Gültigkeit gleichen Grundgesetze des Bundes

---

liche Cassen, für dessen Verfolgung kein anderer verfassungsmäßiger Weg gesetzlich sanctionirt ist, dem Rechtswege (vor den Landesgerichten) entzogen werden dürfe:" v. d. Nahmer merkw. Entscheid. B. II. S. 375.

18) „Wenn in einem Bundesstaate der Fall einer Justizverweigerung eintritt, und auf gesetzlichen Wegen ausreichende Hülfe nicht erlangt werden kann, so liegt der Bundesversammlung ob, erwiesene, nach der Verfassung und den bestehenden Gesetzen jedes Landes zu beurtheilende, Beschwerden über verweigerte oder gehemmte Rechtspflege anzunehmen, und darauf die gerichtliche Hülfe bei der Bundesregierung, die zu der Beschwerde Anlaß gegeben hat, zu bewirken."

19) Ebendas. B. XII. S. 223.

erhoben worden" [20]), doch keine rechtsverbindliche Norm für die Landesgerichte in den einzelnen Bundesstaaten abgiebt. Der teutsche Bund, zumal wie sich derselbe durch sein ausschließendes Organ, die teutsche Bundes-Versammlung, öffentlich ausspricht, ist nicht, wie er sich anfangs bei dem ersten wiener Congresse zu gestalten das Ansehn gewann, ein Verein der teutschen Staaten, sondern der teutschen Fürsten [21]), mithin sind die Beschlüsse jener Versammlung, welche im Wesentlichen den Character von vertragsmäßigen Normen an sich tragen [22]), nur als Verträge unter den teutschen Regenten zu betrachten, die, als solche, gleich anderen Verträgen der Fürsten mit einander, keinen unmittelbaren Einfluß auf die privatrechtlich begründeten Ansprüche und Verbindlichkeiten der Unterthanen haben, daher auch nicht als Quelle der Entscheidungen für die Gerichte über Rechtsstreitigkeiten der Staatsbürger, sei es unter sich oder mit dem Vertreter der Staatsgewalt, zu gebrauchen sind, fofern sie nicht durch einen legislatorischen Act des eignen Landesfürsten zu Gesetzen des besonderen teutschen Staates, in welchem sie von den Gerichten angewendet werden sollen, erhoben worden sind [23]).

Als Gegengrund einer den Landesgerichten zu überlassenden Entscheidung über solche Forderungen, welche eine Privatperson an ein Bundesglied macht, und deren Berichtigung dieses, weil ein anderes Bundesglied ganz oder theilweise dafür einzustehen habe, verweigert, ließe sich nun wohl die Besorgniß anführen, daß solchergestalt die Landesgerichte über Verträge der betheiligten Bundesglieder, welche in der Regel einer solchen Weigerung zum Grunde liegen werden, erkennen müßten, was man doch nach mehreren Aeußerungen in der Bundes-Versammlung für unstatthaft gehalten hat. Allein dieser Zweifelsgrund ist practisch sehr leicht zu beseitigen: entweder nämlich beziehen sich in einem vorkommenden Rechtsstreite beide Theile auf einen solchen Vertrag, alsdann giebt derselbe unbedenklich eine Entscheidungsquelle für den Richter ab, weil dieß dem eignen Willen der Partheien in dem concreten Falle angemessen ist, und die Vertrags-Bestimmungen also nicht in ihrer ursprünglichen Eigenschaft, sondern als besondere conventionelle Norm für diesen bestimmten Rechtsstreit, zur Anwendung

---

20) Ebendas. B. IX. S. 16.

21) nur mit Einschluß der 4 freien Städte.

22) Klüber öffentl. Recht des teutschen Bundes. II. Ausg. §. 56.

23) „Verbindende Kraft für die Staatsbehörden und Unterthanen in den Bundes-Staaten erlangen die Bundes-Schlüsse durch ihre landesverfassungsmäßige Verkündigung von Seiten der inländischen Staatsregierung:" Klüber a. a. O. §. 164. a. §. 156b. 282.

kommen[24]); oder es beruft sich nur der verklagte Theil auf einen zwischen ihm und einem anderen Bundesgliede über die streitige Verbindlichkeit abgeschlossenen Vertrag, alsdann kann der Richter sich dessen Berücksichtigung, als einer in Beziehung auf die betheiligte Privatperson unter Dritten geschlossenen Uebereinkunft[25]), gänzlich enthalten, und über das Rechtsverhältniß beider streitenden Theile so, wie es zwischen diesen unmittelbar begründet ist, entscheiden, den auf den Vertrag sich berufenden Verklagten aber, im Falle einer Verurtheilung desselben, zur Regreßnahme an seinen Mit-Pacisccenten in einem besonderen Verfahren, sofern dieser nicht, auf ihm geschehene Litis-Denunciation, bereits an dem gegenwärtigen Processe Theil genommen hat, verweisen[26]).

In Kurhessen sind alle die bisher vorgetragenen Grundsätze schon vielfältig von dem Oberappellationsgerichte zur Anwendung gebracht worden. Einige der hauptsächlichsten Fälle folgen hier unter N. 34. u. 35, in deren erstem eine Klage wider den Staatsanwalt aus gemeinsamen Verpflichtungen der Besitzer des zu dem Königreiche Westphalen gehörig gewesenen Staatsgebietes um deßwillen zurückgewiesen wurde, weil Kurhessen nicht für das Ganze zu haften brauche, der von demselben zu übernehmende Antheil aber weder bestimmt angegeben, noch sonst gewiß sei; in dem anderen aber die oben auseinandergesetzten Grundsätze von der Zugänglichkeit der Landesgerichte in Fällen, wo dem klagenden Privaten auch der im Art. 30. der W. Schlußacte bestimmte Weg offen stehen würde, vollständig zur Anwendung kamen. Gleichergestalt wurde in einem neueren Rechtsfalle der Entscheidungsgrund gebraucht: „daß die wiener Schlußacte für die Gerichte der Staaten, in welchen dieselbe nicht von den Landesfürsten als Gesetz verkündet worden sei, eine verbindliche Norm der Entscheidung nicht abgebe, ohnehin aber der Art. 30. dieser Acte nur ein Recht für die Privaten auf den Fall der Justiz-Verweigerung bei den Landesgerichten begründe, nicht aber die Competenz dieser letz-

---

24) in welchem Falle auch als Regel anzunehmen ist, daß der Richter sich bei der Auslegung des Vertrages nach allgemeinen Interpretations-Grundsätzen richtet: Klüber europäisches Völkerrecht. B. I. §. 163. Als particularrechtliche Bestimmung ist daher, was die kön. preußische Verordn. v. 25. Jan. 1823 (Preuß. Gesetzsamml. v. 1823 N. 3. S. 19) hierüber verfügt, zu betrachten.

25) zufolge der in älteren Staatsverträgen häufig ausgedrückten, jedoch auch ohnedieß sich von selbst verstehenden, Clausel: salvis juribus privatorum.

26) worauf auch schon in der oben erwähnten kön. preußischen Abstimmung (B. XII. S. 385. hingedeutet wird.

teren zum Nachtheile der betheiligten Privatpersonen beschränke"[27]). Auch kann insonderheit der erste Satz in Kurhessen um so weniger Bedenken finden, da mehrere andre Bundestags-Beschlüsse, namentlich die wegen der Abzugsfreiheit und der Preßbeschränkung, von der kurhessischen Regierung besonders als Gesetze verkündigt worden sind [28]). — Sodann ist auch darüber mehrmals erkannt worden, daß Staatsverträge zwischen einzelnen Bundesfürsten über Gegenstände, in Ansehung deren Privatpersonen ein rechtlicher Anspruch zustehet, ohne Einfluß auf die von letzteren nachgesuchte Entscheidung der Landesgerichte über deren Rechte sind; ein Beispiel hiervon kam bereits oben [S. 379.] vor; in einem anderen Falle, wo von Ansprüchen, welche einer Privatperson durch eine ihr von dem vormaligen Regenten eines nunmehr an Kurhessen gelangten Landestheiles zugefügten Rechtsverletzung erworben worden, die Rede war, gründete das Oberappellationsgericht sein Erkenntniß hauptsächlich mit auf den Grund: „daß besondere Verträge hierüber zwischen den einander folgenden Fürsten nur deren gegenseitige Verhältnisse bestimmen, nicht aber auf das dem Verletzten erworbene Recht und dessen Ausübung einwirken könnten, daher auch, der rechtlichen Vermuthung nach, nicht anders, als in diesem Sinne, zu deuten seien" [29]). Beiderlei Grundsätze, sowohl diese nächstvorstehenden, als die auf den Art. 30. der W. Schlußacte sich beziehenden, sind auch noch ganz neuerlich in einem Rechtsfalle zur Anwendung gekommen [30]), dessen ausführliche Mittheilung ich jedoch, um Wiederholungen zu vermeiden, erspare.

---

27) O. A. G. Decr. v. 16. Febr. 1825. z. S. Proc. Fisci g. Eyb. Denselben Grundsatz bestätigt ein O. A. G. Decr. v. 11. Febr. 1826. z. S. Proc. Fisci g. Schwarz.

28) Gesetzsamml. B. II. 1817. S. 71. 1819. S. 74. Daß in Preußen die wiener Schlußacte im Ganzen durch ein besonderes Patent zur allgemeinen Kenntniß gebracht worden ist, um als ein der Bundesacte an Kraft und Gültigkeit gleiches Grundgesetz des Bundes von allen Behörden und Unterthanen geachtet zu werden: Preuß. Gesetzsamml. v. 1820. № 12. S. 113, kann wohl nicht anders, als sehr zweckmäßig gefunden werden.

29) O. A. G. Decr. v. 26. Aug. 1818. z. S. Bock g. Proc. Fisci.

30) Proc. Fisci g. Gr. v. Marschall. 1827.

XLIII.

Der Kirchengewalt stehet die Befugniß nicht zu, den Wohnsitz eines Predigers aus der Muttergemeinde in die Filialgemeinde, ohne der ersteren Zustimmung, zu verlegen. *)

Welch ein wesentlicher Unterschied zwischen der Kirchenhoheit, oder nach ihrer Ausübung betrachtet der Staatsregierung in Kirchenangelegenheiten, einerseits, und andrerseits der Kirchengewalt, oder nach ihrer Ausübung betrachtet der Kirchenregierung, obwalte, ist bekannt, so wie nicht weniger, daß das wesentlichste Merkmal dieses Unterschiedes darin bestehe, daß die Wirksamkeit der ersteren nur auf die Erreichung der Zwecke des Staates in Beziehung auf die Kirche, die der letzteren nur auf Erreichung der Zwecke der Kirche selbst, gerichtet sei. Diese Verschiedenheit der Zwecke erfordert eine genaue Sonderung beider Attribute nach ihrem rechtlichen Umfange und nach ihren Wirkungen selbst da, wo, wie es in den protestantischen Ländern der Fall ist, der Inhaber der Kirchengewalt zugleich auch Inhaber der Staatsgewalt und insonderheit der hierunter begriffenen Kirchenhoheit ist. Daß dieses nach den Grundsätzen des in der neueren Zeit vorzugsweise angenommenen Collegialsystems, welches die Zuständigkeit der Kirchengewalt in der Person der Landesherrn auf eine Uebertragung dieses ursprünglichen Gesellschaftsrechts von der Kirche auf denselben gründet, nicht anders seyn könne, ist an und für sich klar; allein selbst wenn man diesem Systeme nicht unbedingt beipflichtet, und von dem Titel, aus welchem die protestantischen Landesherrn nach der einen oder andern Ansicht zu der Kirchengewalt gelangt sind, gänzlich absieht, liegt es schon in der verschiedenen Natur jener beiden Attribute, daß durch die Verbindung der Kirchengewalt mit der weltlichen Herrschaft „doch nicht Kirche und

---

*) Praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. (Kirchenrecht.) v. Dr. B. W. Pfeiffer. B. III, 1828. S. 157 — 163.

Staat Eins geworden, sondern Kirchengewalt und Jura circa sacra, obwohl in eigener Hand, immer unterschieden bleiben" [1]). Diese, stets festzuhaltende, Voraussetzung ist in Beziehung auf jeden einzelnen Zweig der Kirchengewalt von großer Wichtigkeit für die practische Anwendung.

Zu den Rechten der Kirchengewalt gehört insonderheit auch das Recht, Veränderungen in den bisherigen kirchlichen Verhältnissen, namentlich durch Vereinigung oder Trennung mehrerer Gemeinden, durch Aufhebung der Selbstständigkeit einer derselben, oder deren Unterordnung unter eine andre in höherem oder geringerem Grade, — Innovatio, Unio, Separatio, Suppressio, Subjectio [2]) — vorzunehmen. Zu allen diesen Veränderungen der bisherigen Kirchenverfassung ist die Kirchengewalt ohne Zweifel berechtigt, und zwar, nach der eigenthümlichen Natur und Richtung ihrer Wirksamkeit, zu Erreichung der Zwecke der Kirche, jedoch auch beschränkt auf diese. Hiernach erklärt sich die allgemeine Bedingung des Einschreitens der Kirchengewalt in dergleichen Fällen, wie sie unter andern Wiese [3]) ausdrückt: „Nur aus besonderen erweislich gerechten Ursachen können mit einer Pfründe ihrer ursprünglichen Stiftung widersprechende Veränderungen (Innovationes) vorgenommen werden; aber auch dann ist die Einwilligung Aller, welche ein Interesse dabei haben, erforderlich." Dergleichen gerechte Ursachen sind der, durch eine Untersuchung gehörig dargethane, ganz einleuchtende Nutzen oder die Nothwendigkeit zum Zwecke der Kirche; die Einwilligung der Betheiligten aber beziehet sich auf die Voraussetzung, daß nicht wohlerworbene Rechte derselben gekränkt werden dürfen [4]). Nimmt man jedoch bei der Anwendung dieses Grundsatzes auf die dermalige Staats- und Kirchen-Verfassung des protestantischen Teutschlands Rücksicht, nach welcher sich die Kirchengewalt in den Händen souverainer, in ihren Regierungs-Handlungen jeder Art keiner höheren Autorität unterworfener, Landesherrn befindet, so ergiebt sich, daß gerade die wesentlichste der eine solche Veränderung bedingenden Voraussetzungen, nemlich das Vorhandenseyn hinlänglicher Gründe der Zweckmäßigkeit, oder die Frage, ob wirklich durch die vorzunehmende Veränderung die kirchliche Religionsübung eine zweckmäßigere Einrichtung erhalte, der Beurtheilung

---

1) Schmalz Handb. d. canon. Rechts. §. 129.

2) G. L. Böhmer princ. iur. canon. §. 575 sqq. Wiese Grundsätze d. Kirchenrechts. §. 198 ff.

3) a. a. O. §. 198.

4) Wiese Handb. d. Kirchenrechts. B. II. §. 198. 199.

des Landesherrn selbst, und seiner mit der Ausübung der Kirchengewalt beauftragten Consistorien, lediglich überlassen bleiben müsse, indem die Meinung des Einzelnen (auch der einzelnen Gemeinde) über die Zweckmäßigkeit der Veränderung gegen den durch die Kirchengewalt repräsentirten Ausspruch der ganzen kirchlichen Gesellschaft nicht in Betracht kommen kann, und auch den Gerichten, falls diese zur Entscheidung hierüber von den Betheiligten aufgefordert werden sollten, es an einer Norm der Beurtheilung innerhalb der Grenzen ihres amtlichen Berufes durchaus fehlen würde. Was daher schon J. H. Böhmer[5]) von dem Gesichtspunkte des Territorial-Systems ausgehend, also juristisch unrichtg, über die Beschränkung der Ausübung des Innovationsrechts durch das Bedürfniß der kirchlichen Gesellschaft bemerkt, muß nunmehr wenigstens factisch zugestanden werden: **Audiendus est coetus ecclesiasticus, sed tamen ut supremo principis iudicio relictum sit, iudicare, quantum pro temporum ratione et circumstantiis rationes eorum adductae valere possint.** Und wenn Wiese[6]) nach den Grundsätzen des canonischen Rechts ganz richtig behauptet, daß die ohne einen gerechten Grund vorgenommene Innovation, insonderheit Union, nichtig sey, und deren Verweigerung bei vorhandener Ursache zur Rechtssache werde, so daß dagegen Hülfe bei den Oberen des Bischofs gesucht werden könne, so dürfte solches doch bei den Protestanten um deßwillen keine Anwendung leiden, weil die Landesherrn, als Inhaber der Kirchengewalt, keinen Oberen über sich erkennen. Wenn aber solchergestalt auch die Frage: ob die getroffene Veränderung den Zwecken der Kirche wirklich entsprechend sey, so wenig einem Widerspruche der betheiligten Gemeinden oder Gemeindeglieder unterworfen, als zu einem gerichtlichen Erkenntnisse geeignet ist, so verhält sich gleichwohl beides völlig anders, soweit durch die neue Einrichtung zugleich Privatrechte der Betheiligten berührt werden oder die Verfügung der Kirchengewalt sich wohl gar auf das Gebiet solcher Privatrechts-Verhältnisse beschränkt. Ersteres würde der Fall seyn, wenn die Kirchengewalt zugleich über die privatrechtlichen Folgen der an und für sich von ihr abhängigen Veränderung der kirchlichen Verhältnisse entscheiden, letzteres, wenn sie, ohne eine solche Veränderung zu Erreichung der höheren kirchlichen Zwecke zu beabsichtigen, nur einzelne mit der bisherigen Einrichtung rechtlich zusammenhängende Wirkungen aufheben oder anders gestalten wollte. Und in die-

---

5) ius eccles. protest. Lib. III. tit. 5. §. 200.

6) Handbuch. B. II. §. 199.

sen beiden Fällen muß daher die Eröffnung des Weges Rechtens um so uneingeschränkter statt finden, als durch jene factische Lage der Dinge das Verhältniß der protestantischen Kirchengemeinden zur Kirchengewalt schon so viel nachtheiliger, wie nach der katholischen Kirchenverfassung, geworden ist [7]).

Eins der gewöhnlichsten und erfolgreichsten der kirchlichen Verhältnisse mehrerer Gemeinden zu einander ist das einer ungleichen Verbindung derselben, wodurch die eine als Tochterkirche (Filial) der anderen als Mutterkirche untergeordnet wird; unio beneficiorum fieri potest per subjectionem; beneficiis parochialibus ita unitis, ecclesia principalis mater accessoria filia vocatur, et filia sequitur matrem intuitu eorum, quae ex fine hujus unionis intelliguntur [8]); est autem ecclesia filia, quae alteri ecclesiae parochiali appendicis instar certo modo est adjuncta [9]). Daß auch eine solche Verbindung oder deren Wiederauflösung nicht ohne hinlängliche Gründe (absque iusta et legitima causa) geschehen könne oder wenigstens solle, verstehet sich von selbst [10]); insonderheit mit Rücksicht auf die sehr wichtigen Folgen, welche davon für die betheiligten Kirchen abhängen [11]). Eine hinreichende Ursache zu einer solchen Vereinigung ist namentlich die große Verminderung der Glieder einer oder mehrerer benachbarten Gemeinden welche selbst den Unterhalt zweier Prediger schwierig oder unmöglich macht [12]); als die wesentlichsten Gründe der Trennung giebt das Concilium Tridentinum [13]) an: si „ob locorum distantiam seu difficultatem parochiani sine magno incommodo ad percipienda sacramenta et divina officia audienda accedere non possunt.“ — Das eigenthümlichste Merkmal des Verhältnisses einer Tochterkirche zur Mutterkirche ist, daß der Prediger am Orte der letzteren wohnt [14]). Si aliqua universitas habeat aedes sacras abs-

---

7) Zwei practische Fälle, in welchen eine Entscheidung der Gerichte über die rechtlichen Ansprüche der kirchlichen Gemeinden bei einer vorzunehmenden Veränderung ihrer bisherigen Verhältnisse zu einander erfolgte, findet man in Lynker decisiones. P. III. n. 1158. 1322. Hert diss. de ecclesiis filiabus; in opusc. Vol. II. P. II. p. 86 sqq. §. 16.

8) G. L. Röhmer l. c. §. 578. Wiese Handbuch. B. II. § 200. S. 339.

9) Htrt l. c. §. 2. 10) Ibid. §. 13.

11) Carpzov definitiones ecclesiasticae. Lib. I. tit. 10. def. 156.

12) Wiese Handb. B. I. §. 123. S. 852. B. II. §. 200. S. 340.

13) Sess. XXI. decr. de reform. cap. 4.

14) Hert l. c. §. 9. 15. Wiese Handb. B. I. §. 123. S. 852.

que proprio tamen parocho, et ita vocatur filialis, opposita ecclesiae matr, quae sub se alias ecclesias habet, ut tamen ibi parochus residentiam suam habeat, quamvis ecclesiae quoque filiali prospicere teneatur, ibiqae sacra administrare [15]). Letzteres, die Verwaltung der kirchlichen Handlungen in der Mutterkirche, wohin die Filialgemeinde zur Theilnahme an demselben kommen müßte, ist demnach gemeinrechtlich durchaus nicht, auch nicht einmal in Ansehung einzelner solcher Handlungen, z. B. der Austheilung des Abendmahls, oder bei einzelnen Veranlassungen, z. B. an gewissen Festtagen, für ein Kennzeichen oder eine Wirkung jenes Verhältnisses zu halten. Das einzig wesentliche Merkmal aber, die Wohnung des Predigers am Orte der Mutterkirche, bildet zugleich ein vollkommen begründetes Recht für diese, solange das kirchliche Verhältniß zu der Filialgemeinde als solcher unverändert bestehet; ausserdem kommen jedoch hierbei auch noch andere Rechte der Betheiligten in Betracht, nämlich 1) nach einem wohl ziemlich allgemeinen Herkommen, also gewissermaßen gemeinrechtlich, in Ansehung des ungleichen Maaßstabes, in welchem beide Kirchengemeinden zur Erbauung und Erhaltung der Prediger-Wohnung beitragen; sodann 2) wenigstens particularrechtlich in Ansehung der Verbindlichkeit der Filialgemeinde, zur Theilnahme an gewissen kirchlichen Handlungen an den Ort der Mutterkirche, wo der Pfarrer seine Wohnung hat, sich zu begeben, sei es zum Zwecke des Gottesdienstes oder einzelner Ministerial-Handlungen. Die beiden letzteren Rechte dürfen nach der einmal bestehenden Einrichtung bei keiner von der Kirchengewalt vorzunehmenden Veränderung in dem Verhältnisse zweier Gemeinden als Mutter- und Tochter-Kirche unberücksichtigt bleiben, weil dieselben damit in keiner wesentlichen Verbindung stehen, und mithin eine solche Veränderung, soweit sie durch die Zwecke der Kirche geboten wird, ganz unabhängig davon geschehen kann. Die Geltendmachung jenes ersteren Rechts hingegen, nemlich des Anspruches der Muttergemeinde auf die Residenz des Predigers in ihrer Mitte, kann allerdings nicht gegen eine aus Gründen der Zweckmäßigkeit von der Kirchengewalt beschlossene Veränderung des bisherigen Verhältnisses der Unterordnung zwischen mehreren Gemeinden zugelassen werden, weil dadurch eine solche Veränderung, die mit der ferneren Ausübung jenes Rechts ihrer Natur nach unverträglich ist, gänzlich und immer verhindert werden würde; allein solange nicht die Aufhebung des bisherigen Ver-

---

15) J. H. Börmer ius parochiale. Sect. III. cap. 3. §. 5. Vergl. a. Hagemann pract. Erört. B. VIII. Th. 1. N. 38.

hältnisses selbst verfügt worden ist, es vielmehr dabei von der Kirchengewalt auch ferner belassen wird, kann diese nicht, ohne die Zustimmung der betheiligten Gemeinden, eine solche Einrichtung treffen, wodurch der als Mutterkirche fortbestehenden Gemeinde ihr, in dieser Eigenschaft unmittelbar begründetes, Recht auf Beibehaltung des Wohnsitzes des Pfarrers am Orte entzogen, und folgerungsweise auch wohl der bisherigen Filialgemeinde ein größerer Beitrag zu den Kosten der nun zu ihr übergehenden Prediger-Wohnung zugemuthet würde. — Ein Fall dieser letzteren Art ist es, welcher zur mehreren Erläuterung und practischen Bestätigung der hier vorgetragenen Grundsätze dem gegenwärtigen Aufsatze folgen wird.

Vorerst ist jedoch noch Einiges über die particularrechtlichen Bestimmungen in Ansehung des vorliegenden Gegenstandes in Kurhessen vorzutragen. Auch da gelten im Allgemeinen die Grundsätze von der Vereinigung der Kirchenhoheit und Kirchengewalt in der Person des Landesherrn, und von dem Verhältnisse beider zu einander, wie in den übrigen protestantischen Staaten Teutschlands [16]; auch da ist die Ausübung der Kirchengewalt im Namen des Landesherrn, mit Ausnahme nur weniger dessen unmittelbarer Verfügung vorbehaltener Gegenstände, den Consistorien übertragen [17]. Insonderheit wird das Recht, Parochieen zu errichten oder zu verändern, als Ausfluß und Bestandtheil der Kirchengewalt betrachtet [18], obwohl es nicht an Beispielen fehlt, in welchen die Landesherrn dasselbe schon vor der Reformation ausgeübt haben [19]. Vorzüglich bemerkenswerth ist in dieser Hinsicht folgender Beschluß der bekannten Homberger Synode vom 20. Octob. 1526 [20], Cap. 23: „Parochiae admodum parvae et omnino vicinae, quae non sufficiunt alere episcopos suos, et dare, quo hospitales esse possint, uniantur, praesertim cum pro tam multis parochiis, sicut modo in Hassia sunt, satis episcoporum reperiri non possint. Specialis autem parochiarum unio illustrissimi principis voluntati ac dispositioni relinquitur“ [21]; woraus sich wohl folgern

---

16) Lederhose hessisches Kirchenrecht. Ausg. v. Ch. H. Pfeiffer. §. 17. f.

17) Consistorialordn. v. 12. Juli 1657. Cap. 11. §. 1. (L. O. II, 445.) Lederhose a. a. O. §. 20.

18) Ebendas. §. 19.

19) Ueber einen Fall vom Jahre 1467 theilt Kuchenbecker in analect. hass. T. III. collect. 6. p. 429, die Urkunde mit.

20) Lederhose a. a. O. §. 9.

21) Schmincke monimenta hassiaca. T. II. p. 639.

läßt, einestheils, daß dem Landesherrn zwar jenes Recht vermöge Uebertragung von Seiten der Kirchengesellschaft zustehe, anderntheils aber, daß dessen Ausübung für bedingt durch die Voraussetzung der Nothwendigkeit oder eines wesentlichen Nutzens gehalten wurde. — Das Verhältniß der Filialgemeinden zu den Muttergemeinden ist im Wesentlichen ganz das gemeinrechtliche, doch treten hierbei particularrechtlich die beiden Bestimmungen ein, daß 1) jene an den monatlichen Bettagen keinen eignen Gottesdienst am Orte haben, sondern alsdann zur Mutterkirche kommen müssen, auch in der Regel die bei Gliedern der Filialgemeinden vorfallenden Ministerialhandlungen in der Mutterkirche verrichtet werden [22]), und 2) daß die Filialgemeinden zu dem Bau und der Unterhaltung der Pfarrgebäude nur zum dritten Theile Beitrag zu leisten verbunden sind [23]). — Dieß im Allgemeinen vorausgeschickt, wird der nachstehende Rechtsfall, N. 21., einen vollständigen Beleg für den an die Spitze dieser Abhandlung gestellten Rechtssatz abzugeben im Stande sein.

---

22) Lederhose a. a. O. §. 309.

23) Ebendas. §. 479. Vergl. a. B. II. dieser pract. Ausführungen. S. 344.

Schöllhorn